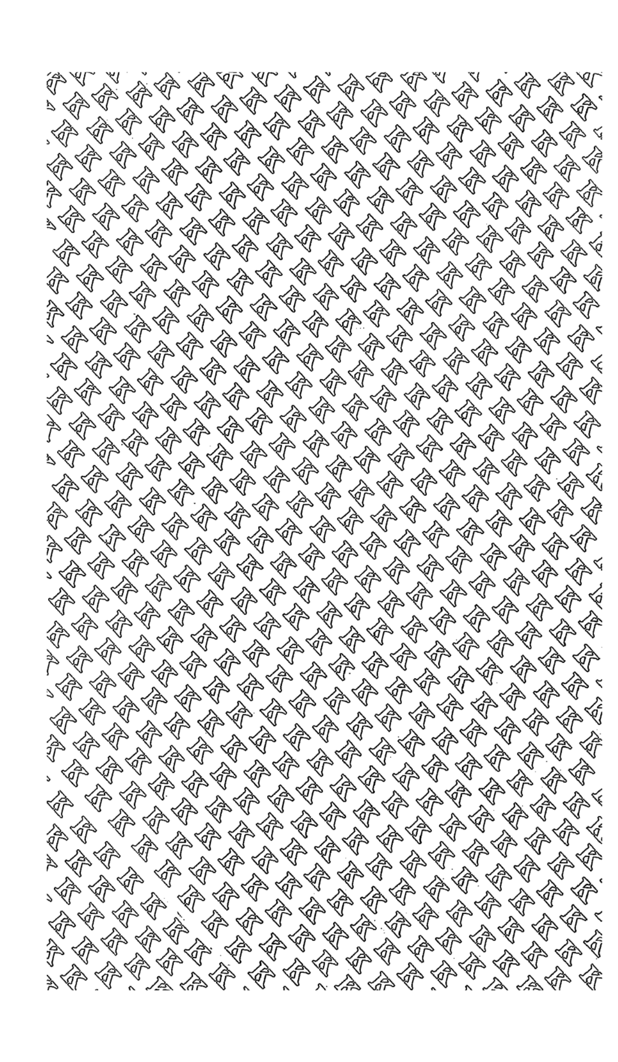
موسوعة
أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون

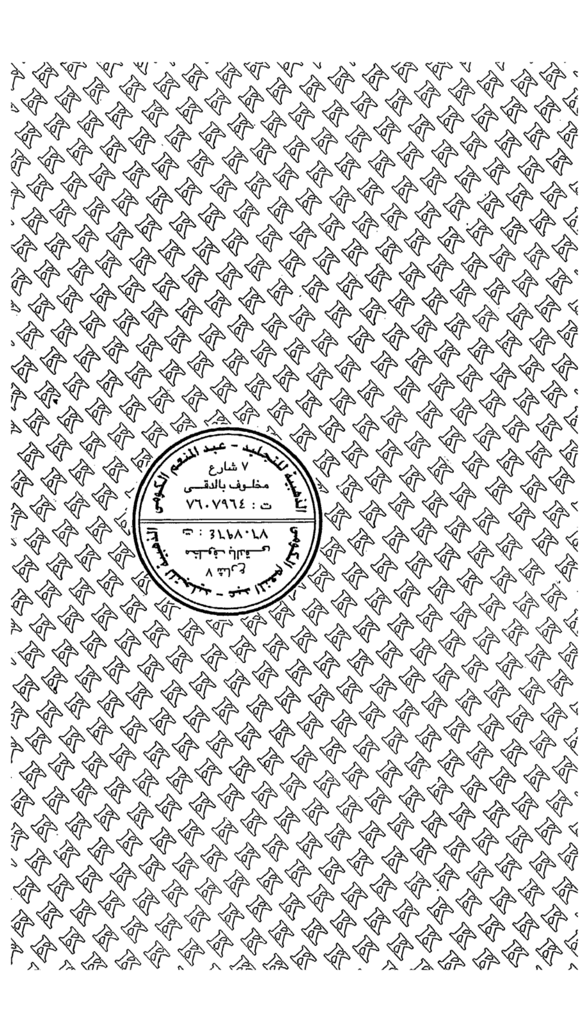
أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية

المستشار
أنور العمروسى
المحامى بالنقض والإدارية العليا

الجزء الثالث

الناشر
دار الفكر الجامعى
٣٠ ش سوتير الازاريطة ـ الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢




الذهبية للتجليد - عبد المنعم الكومي
٧ شارع
مخلوف بالدقى
ت : ٧٦٠٧٩٦٤





إســم الكتـاب : أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية

المـؤلــــف : المستشار / أنور العمروسى

النـاشـــر : دار الفكر الجامعى

٣٠ شارع سوتير ـ الاسكندرية ـ ت : ٤٨٤٣١٣٢ (٠٣)

الطبعــــة : الثالثة

سـنة الطبـع : ٢٠٠١

رقـم الايـداع : ٧٤٥٥ / ٢٠٠١

الترقيم الدولى : 977 - 5160 - 76 -6

المطبعـــة : شركة الجلال للطباعة

E.Mail : dar-elfikrelgamie@yahoo.com

موسوعة
أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية

المستشار
أنور العمروسى
المحامى بالنقض والإدارية العليا

الجزء الثالث

الناشر
دار الفكر الجامعى
٣٠ ش سوتير الازاريطة - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢



أصول المرافعات الشرعية

فى مسائل الأحوال الشخصية

القواعد الموضوعية والإجرائية

١-القضاء الإسلامى .

٢- الدعوى الشرعية وذاتيتها .

٣- اثبات المواد الشرعية .

٤-تنفيذ الأحكام الشرعية .

٥- دراسة علمية وعملية مقارنة وفقاً لمختلف المذاهب ، وتنظيمات الأقطار العربية والإسلامية ، وقوانين الأحوال الشخصية المعدلة طبقاً للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .



بسم الله الرحمن الرحيم

« القاضى المتحرر من قيود النصوص وأعباء المراجع التى تحد من إدراكه وتقديره للواقعات غير مبق على كتاب يصرفه عن تكوين رأى أو تأسيس نظر ، هو قاضينا ، وهو مجتهدنا ، إذن فاعطنى قاضياً ولا تعطنى قانوناً » .

الإمام والقاضى الشيخ محمد عبده



إهداء

إلى

الرجل ...

والمرأة ...

والأولاد ...

أولئك الذين تدور على أحوالهم الشخصية ...

الأحكام الموضوعية والإجرائية فى

أصول المرافعات الشرعية

أهدى ...

هذا ...

الكتاب ...

المؤلف

أنور العمروسى



مدخل إلى البحث

النظرية العامة للقضاء

- المبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الإسلام.
- القضاء الشرعى ، ودواعى إلغائه توحيداً للقضاء .
- قضاء الأحوال الشخصية فى الاقليم المصرى .
- السمات المميزة والقواعد الأساسية لقانون إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠



الباب الأول

المبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الإسلام

مقدمة (١) :

١ – القضاء ولاية جليلة القدر ، عظيمة الشأن ، دل(٢) على تشريفه ، وتعظيمه ما جاء فى القرآن الكريم ، وفى السنة ، وفى أقوال الصحابة .

قال تعالى : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » .

وقال عز من قائل :« إن الله يأمر بالعدل والإحسان » .

وقال سبحانه : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » .

وقال جل شأنه : « فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا » .

وقال وقوله الحق : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان » .

وقال سبحانه وتعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها

---

(١) راجع بحثنا : المبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الاسلام – المحاماة – السنة ٤٩ – العدد ٤ – ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) والقضاء مهمة مقدسة عند جميع الأمم المتمدينة ، ولقد كانت وظيفة القضاء – ولاتزال من أسمى الوظائف ، ذلك أن القاضى يعمل على تمكين سيادة القانون وتدعيم السلام بين الناس بإيصال الحقوق إلى أربابها وتوقيع العقاب على المجرمين الآثمين (نظرة عامة فى القضاء فى الجمهورية العربية المتحدة وفى الشريعة الاسلامية – بحث – للأستاذ حافظ سابق – المحاماة – السنة ٤٠ – العدد ١ ص ١٠٢ وما بعدها) .

وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

وقال جل وعلا : « فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ، وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئًا ، وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين » .

وقال وهو أصدق القائلين : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » .

٢ - وقال رسول الله ﷺ : « والله إنا لا نولى هذا الأمر أحداً سأله ولا أحداً حرص عليه (١) .

وقال عليه الصلاة والسلام : « إن الله مع القاضى ما لم يجر ، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان » .

وقال عليه السلام : « من حكم بين اثنين تحاكما إليه وإرتضياه فلم يقض بينهما بالحق فعليه لعنة الله » .

وقال : « أن أعتى الناس على الله وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس من الله رجل ولاه الله من أمر أمة محمد شيئاً ثم لم يعدل بينهم » .

وقال أيضًا : « عدل ساعة فى حكومة (٢) خير من عبادة ستين سنة» .

وقال : « لا حد إلا فى إثنين رجل أتاه الله مالاً فسلطه على هلكته فى الحق ، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها » (٣) .

وقال : « هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة ؟ » قالوا : الله أعلم ورسوله » . قال : « الذين إذا أعطوا الحق قبلوه ، وإذا سئلوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم » .

---

(١) ورد فى صحيح مسلم .

(٢) أى فى حكم .

(٣) من حديث إبن مسعود .

٣- وقال عبد الله بن مسعود : « لأن أقضى يومًا بالحق أحب إلى من عبادة سبعين سنة » .

وقال عمر بن الخطاب فى رسالته إلى أبى موسى الأشعرى قاضى الكوفة :

« أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة . فافهم إذا أدلى إليك ، وانفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس الناس فى مجلسك وفى وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهى إليه ، فإن بينه أعطيته بحقه ، وإن أعجزه ذلك إستحللت عليه القضية ، فإن ذلك أبلغ للعذر وأجلى للعمى ، ولا يمنعك قضاء قضيته فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شىء ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجريًا عليه شهادة زور أو مجلوداً فى حد أو ظنيناً فى ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر ، وستر عليهم الحدود إلا البينات والأيمان . ثم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر عند الخصومة أو الخصوم ، فإن القضاء فى مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر . فمن خلصت نيته فى الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس فى نفسه شانه الله ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصًا ، فما بالك بثواب عند الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله » (١) .

---

(١) ويقول الأستاذ حافظ سابق فى رسالة عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى إنها تضمنت المبادىء الأساسية فى القضاء وطرق التقاضى وصفات القاضى وأدبه وهى تصلح دستوراً للقضاء فى كل عهد وزمن ويقوم على أساسها أو يجب أن=

وقال رضى الله عنه موجهاً كلامه للقضاة : (إن جلستم للفصل فى منازعات الناس ، فتبينوا ، وتثبتوا ، فإن أصابكم أدنى شك ولو بمثقال شعرة ، فكفوا عن الحد ، والله ولى من لا ولى له) .

وقال عمرو بن العاص : « لا سلطان إلا برجال ، ولا رجال إلا بالمال ولا مال إلا بعمارة (١) ، ولاعمارة إلا بالعدل » .

وقال سعيد بن سويد فى خطبة له فى حمص : « يا أيها الناس إن للإسلام حائطًا منيعًا ما اشتد السلطان ، وليس شدة السلطان قتلاً بالسيف ولا ضرباً بالسوط ، ولكن قضاء بالحق وأخذاً بالعدل » .

وروى أن أحد عمال عمر بن عبد العزيز كتب له يستأذنه فى تحصين مدينة ، فرد عليه بقوله « حصنها بالعدل ، ونق طريقها من الظلم » .

٤- ولقد إزدهر القضاء الإسلامى ، شأنه فى ذلك شأن سائر العلوم والفنون ، فى مختلف العصور الإسلامية ، وأرسى أسلافنا قواعد فى مقاييس العدل وتقاليداً فى تولية القضاء كانت هدى ونبراسًا لمن جاءوا بعدهم ، ولعل فى رسالة عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه إلى أبى موسى الأشعرى - السابق ذكرها - وفى رسالته إلى شريح قاضى الكوفة(٢) وفى كتاب على بن أبى طالب كرم الله وجهه إلى عامله فى مصر(٣) خير شاهد على صحة ذلك .

= يقوم على أساسها كل تشريع حديث - وقد استنبطها عمر من كتاب الله وسنة رسوله وما هدى إليه صفاء قلبه ونقاء معدنه وفهمه الحق لمعنى العدالة والظلم (نظرة عامة فى القضاء - بحث - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١- ص١١) .

(١) أى بعمران .

(٢) وقد جاء بها : « أنظر ما تبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً ، وما لم يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه سنة رسول الله ﷺ وما لم يتبين لك فى السنة ، فاجتهد فيه رأيك ، وإن شئت أن تؤخر فتأخر ، وما أرى التأخير إلا خيراً لك » .

(٣) وجاء به ، « اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ممن لا تضيق به الأمور ، ولا تمحكه الخصوم ، ولا يتمادى فى الزلة ، ولا يحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه ، ولا تشرف نفسه على طمع ، ولا يكتفى بأدنى فهم إلى أقصاه، =

٥- إن الكلام فى القضاء الإسلامى والقضاة فى الإسلام يستلزم حتماً جهداً ، ووقتاً ، فالموضوع متشعب الجوانب ، متعدد المصادر ، غنى المادة (١) ، ومن ثم فإن جهدنا هنا - وهو جهد المقل - يقف ، فى هذا البحث ، عند إستظهار الأسس التى يقوم عليها القضاء الإسلامى ، ودراسة تاريخه ، وإلقاء بعض الضوء على أصالته وخلوده .

التعريف بالقضاء :

٦- للقضاء معنى فى اللغة ، وله فى إصطلاح الفقهاء معنى أخر . فهو فى اللغة بمعنى الحكم ، والجمع أقضية ، والقضية مثله والجمع قضاياه، وقضى يقضى (بالكسر) ، وأصله قضاى لأنه من قضيت ، غير أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت - قال تعالى : « وقضى ربك الا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا » أى حكم ، وقال سبحانه : « فاقض ما أنت قاض »، أى أحكم بما شئت فإننا عرفنا الحق فاتبعناه (٢) .

=أو تفهم من الشبهات ، وأخذهم بالحجج ، وأقلهم تبرمًا بمراجعة الخصم ، وأصبرهم على تكشف الأمور ، وأصرمهم عند إتضاح الحكم ممن لا يزدهيه إطراء، ولا يستميله إغراء ، وأولئك قليل ، ثم اكثر تعاهد قضائه وأفسح له فى البذل ، مما يزيل غلته وتقل معه حاجته إلى الناس ، وأعطه من المنزلة لديك ، ما لايطمع فيه غيره من خاصتك ، ليأمن بذلك إغتيال الرجال له عندك .

(١) تخصصت مؤلفات ورسائل كثيرة فى الكشف عن مآثر القضاء الإسلامى وفضل وعبقرية قضاة الإسلام منها : تاريخ القضاة فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس ، والقضاة فى الإسلام - الشيخ محمد سلام مدكور ، والقضاة فى الإسلام - للدكتور عطية مشرفة ، والعمل القضائى فى القانون المقارن - للدكتور القطب محمد طلبة ، والنظرية العامة للعمل القضائى - للدكتور وجدى راغب والقضاء فى الإسلام - للشيخ محمد سلام مدكور - طبعة ١٩٦٤ .

(٢) وجاء بمختار الصحاح الرازى أن القضاء يكون بمعنى الأداء والإنهاء ، تقول : قضى دينه ، ومنه قوله تعالى : « وقضينا إلى بنى إسرائيل فى الكتاب » ، وقوله سبحانه « وقضينا إليك ذلك أمرنا » أى أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك (ص٥٤٠ ، وراجع أيضاً : المصباح المنير للرافعى - جزء ٢ - ص٦٦٩ ، ومباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإبيانى - ص١٢١ ، والأصول القضائية - للشيخ على قراعة- ص٢٧٦، والعمل القضائى فى القانون المقارن - للدكتور القطب محمد طلبة - ص٨٢ ، فى تاريخ قضاء الأندلس - لأبى الحسن النباهى ، وشرح لائحة الإجراءات الشرعية =

٧- كما أن له فى اللغة معان أخرى [١] .

فقد يكون بمعنى الفراغ ، وبمعنى القتل (قضى عليه) أو (قضى نحبه)، وبمعنى الأداء والإنهاء ، ومنه قوله تعالى : « فقضاهن سبع سنوات» ، وبمعنى القضاء والقدر .

٨- والقضاء فى إصطلاح الفقهاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص صادر من ولاية عامة .

وقال بعضهم إنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة أى انه الحكم والإلزام [٢] .

قيل قضيت بين الخصمين وعليهما أى حكمت ، وإستقضيته قضاء وقاضيته أى حاكمته ويقال إستقضى فلان ، أى صير قاضياً ، وقضى الأمير قاضياً ، مثل أمر اميراً .

٩- والمراد بالقضية - كما جاء برد المختار العلامة إبن عابدين [٣] - الحادثة التى يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلاً ، فركنها اللفظ الدال عليها، ولا تكون قضية أى منسوبة إلى القضاء والحكم ، أى لا تكون محلاً لثبوت حق المدعى فيها وعدمه إلا بإستجماع شروط ستة هى منزلة أطراف الشىء المحيطة به أو أطراف الإنسان .

ومن قضاء قوله : أنفذت عليك القضاء ، وإذا رفع إليه قضاء قاضى أمضاه بشروطه ، وهذا هو التنفيذ الشرعى ، ومعنى رفع إليه حصلت عنده

= - للأستاذين احمد قمحة والدكتور عبد الفتاح السيد - ص٢٨) . وشرح قانون الأحوال الشخصية العراقى - لقاضى البصرة الأستاذ علاء الدين خروفة - جزء ١ - ١٩٦٢ - ص٣ وما بعدها .

(١) أورد المحيط الصلح بين الخصمين .

(٢) المراجع السابقة ، وتاريخ القضاء فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس - ص٢٩ ، والقضاء فى الإسلام - للدكتور عطية مشرفة - ص٨٠ ، والمرجع فى قضاء الأحوال الشخصية - للقاضى انور العمروسى - ص٤٦ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ، لإبن عابدين ، جزء ٤ ، ص٤١١ .

خصومة شرعية (١) .

حكمة القضاء :

١٠- جاء فى (معين الحكام) (٢) أن حكمة القضاء هى رفع التهارج ورد النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، فهو فريضة قد باشرها الصحابة والتابعون وحض عليها من بعدهم الصالحون .

١١- وقد بالغ أكثر الفقهاء فى الترهيب من الدخول فى ولاية القضاء، وشددوا فى كراهة السعى فيها ، ورغبوا فى الإعراض منها والنفور والهروب منها ، حتى لقد إستقر فى أذهان الكثيرين منهم أن من ولى القضاء سهل عليه دينه وألقى بيده إلى التهلكة ورغب عما هو الأفضل ، وساء إعتقادهم فيه .

ويعلق الأستاذ محمد زيد الإبيانى على نظر الفقهاء بأنه خطأ فاحش يجب الرجوع عنه والتوبة منه ، وأن الواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين ، فيه بعث الرسل ، وبالقيام به قامت السموات والأرض ، وجعله النبى ﷺ من النعم التى يباح الحسد عليها ، فقد جاء من حديث إبن مسعود عنه عليه الصلاة والسلام : « لا حسد إلا فى إثنين رجل أتاه الله مالاً فسلطته على هلكته فى الحق ، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها » ، وقال ﷺ : « هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة ؟ » قالوا الله أعلم ورسوله . قال : « الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوه بذلوه ، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم » ،

---

(١) ويقول القاضى محمود عرنوس ، إننا إذا بحثنا فيما يقيده كلمة (قضاء) نرى أنها لا تعطى معنى أكثر من الفصل فى الخصومة كما هو مفهومه الشرعى (تاريخ القضاء فى الإسلام المرجع السابق ص٢٤) وجاء فى مقدمة إبن خلدون أن «القضاء فى العرف الشرعى هو الفصل بين الناس فى الخصومات حسماً للتداعى وقطعاً للنزاع بالأحكام الشرعية المنتقاة من الكتاب والسنة » .

(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : لعلاء الدين الطرابلسى ، طبعة ١٣١٠ هجرية ، ص٥٠ .

وغير هذا من الأحاديث التي يطول سردها . وقال عبد الله بن مسعود : لأن أقضي يوماً بالحق أحب إلي من عبادة سبعين سنة (١) .

١٢- وقد ولى رسول الله ﷺ علي إبن أبي طالب ومعاذ بن جبل ومعقل بن يسار القضاء ، فالتحذير الوارد من الشرع إنما هو عن الظلم لا عن القضاء ذاته ، فإن الجور في الأحكام وإتباع الهوى فيها من أعظم الذنوب وأكبر الكبائر ، قال الله تعالى : « وأما القاسطون فكانوا لجهنم حطبا » ، وقال عليه الصلاة والسلام : إن أعتى الناس على الله ، وأبغض الناس على الله ، وأبعد الناس من الله رجل ولاه الله من أمر أمة محمد ﷺ شيئاً ثم لم يعدل بينهم » . وأما قوله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم :« القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة » فإن النار تكون مثوى للجائر والجاهل الذي لم يؤذن له في الدخول في القضاء .

حكم طلب القضاء :

١٣- لا يخلو حال طالب تولي القضاء من أحد أمرين : فإما أن يتعين للقضاء - بأن لم يكن هناك من يصلح للقضاء سواه . وإما أن لا يكون متعيناً له .

فإن تعين للقضاء إفترض عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعاً لظلم الظالمين وإذا لم يتعين للقضاء لا يباح له طلبه ولا سؤاله .

فالطلب أن يقول للإمام : ولني القضاء .

والسؤال أن يقول للناس . لو ولاني الإمام قضاء مدينة كذا لأجبته إلى ذلك وهو يطمع في أن يبلغ ذلك الإمام فيقلده وكل ذلك مكروه وإذا طلب أو سأل لا يحل للسلطان أن يوليه ذلك ، كما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من سأل القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه ينزل إليه ملك يسدده» .

وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له السؤال لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخذول .

---

(١) مباحث المرافعات ، للشيخ محمد زيد الإبياني ، المرجع السابق ، ص١٢٢ .

وكما لا يحل الطلب والسؤال لا تحل التولية بعدهما ، لأنها حينئذ تكون تولية عن علم وقوع الفساد وهى لا تجوز ، ولكنه إذا ولاه السلطان القضاء بناء على طلبه أو سؤاله صحت توليته . وكذلك إذا ولاه بواسطة شفعاء تشفعوا له عنده فى أن يصير قاضياً صحت توليته على الأصح ويصير كمن ولى بغير شفعاء (١) .

حكم تولى القضاء :

١٤- إن تولية القاضى فرض لأنه إنما يولى ليحكم بين الناس بما ينصف المظلوم ويردع الظالم ، ويقطع المنازعات القائمة بين الأفراد - قال تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » ويتولى الإمام القضاء - إلا أنه كان من العسير عليه أن يقوم بكل أمور الناس وبخاصة عندما تشعبت شئون الدولة الإسلامية وإتسعت رقعتها ، ومن ثم أن يقيم الإمام نواباً عنه فى مختلف المصالح ، والقضاء من بينهم .

وكان رسول الله ﷺ يبعث القضاة فى مختلف البلدان .

كان الإمام يجتهد لنفسه وللأمة الإسلامية ليبحث عمن يكون أهلاً للقضاء حتى يقوم بما عهد إليه خير قيام (٢) .

١٥- وكان كثير من الصالحين للقضاء يمتنعون عن التولية هيبة للموقف وخشية للعاقبة عند الحساب فى الآخرة .

قال إبن سيرين (٣) .

« كنا عند أبى عبيدة بن أبى حذيفة فى قبة له وبين يديه كانون له فيه نار ، فجاءه رجل فجلس معه على فراشه ، فساره بشىء لا ندرى ما هو ، فقال له أبو عبيدة ضع أصبعك فى هذه النار . فقال له الرجل : سبحان

---

(١) الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ، للقاضى على قراعة - طبعة ١٩٢١ ، ص٢٧٩ .

(٢) مباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإبيانى - المرجع السابق - ص١٢٤ .

(٣) عيون الأخبار - لإبن سيرين - ص٦٥ ، ومقال : القضاء والمحاماة - للأستاذ حسن عبد الجواد - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١٠ - ص١٨٧٤ وما بعدها .

الله!! أتأمرني أن أضع لك أصبعي في هذه النار . ؟! فقال له أبو عبيدة : أتبخل على بأصبع من أصابعك في نار الدنيا وتسألني أن أضع لك جسدي كله في نار جهنم ..؟! قال : فظننا أنه دعاه للقضاء » .

وجاء في (سبل السلام)(١) .

عن بريدة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « القضاة ثلاثة ، قاضي في الجنة وقاضيان في النار ... » .

وقال صاحب (سبل السلام) : إن هذا الحديث دليل على أنه لا ينجو من النار من القضاة إلا من عرف الحق وعمل به ، والعمدة : العمل ، فإن من عرف الحق ولم يعمل به فهو ومن حكم بجهل في النار . وظاهره أن من حكم بجهل وإن وافق حكمه الحق فإنه في النار لأنه أطلقه ، وقال فقضى للناس على جهل فإنه يصدق على من وافق الحقّ وهو جاهل في قضائه - أنه قضى على جهل وفيه التحذير من حكم بجهل أو بخلاف الحق مع معرفته به .

وظاهر من الحديث الشريف : « القضاة ثلاثة ... » أنه لا ينجو من النار إلا من قضى بالحق عالماً به » أما الآخران ففي النار .

كما يتضمن الحديث كذلك النهي عن تولية الجاهل القضاء من أجل إمتناع كثيرون عن تولي القضاء خشية العاقبة ، وقال ﷺ : « من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين » (٢) ، وعلق صاحب (سبل السلام) على هذا الحديث قائلاً : « دل الحديث على أن التحذير من ولاية القضاء والدخول فيه ، كأنه يقول من تولى القضاء فقد تعرض لذبح نفسه ، فليحذره وليتوقه » فإنه إن حكم بغير الحق مع علمه به أو جهله له فهو في النار ، والمراد من ذبح نفسه إهلاكها ، أي فقد أهلكها بتولية القضاء ، وإنما قال «بغير سكين » للإعلام بأنه لم يرد بالذبح فري الأوداج الذي يكون في

---

(١) رواه أبو هريرة .

(٢) سبل السلام - للإمام الصنعاني - المرجع السابق - جزء ٢ - ص١٠٦ .

الغالب بالسكين ، بل أريد به النفس بالعذاب الأخروى » .

وقال ﷺ : « من طلب القضاء وإستعان عليه بالشفعاء وكل إليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكاً يسدده » (١) .

وقال ﷺ : « والله إنا لا نولى هذا الأمر أحداً سأله ولا أحداً حرص عليه» (٢) .

ويعلق صاحب (سبل السلام) على هذين الحديثين قائلاً (٣) :

يتعين على الإمام أن يبحث عن أرضى الناس وأفضلهم فيوليه ، لما أخرجه الحاكم والبيهقى من أن النبى ﷺ قال : « من إستعمل رجلاً على عصابة (٤) وفى تلك العصابة من هو أرضى الله تعالى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » ... وقد أخرج أبو داود بإسناد حسن عنه ﷺ : « من طلب قضاء المسلمين حتى يناله فغلب عدله جوره فله الجنة ، ومن غلب جوره عدله فله النار » .

وقال عليه الصلاة والسلام : « يؤتى بالقاضى العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى إن لم يقض بين إثنين فى تمرة » .

وعلق صاحب (سبل السلام) على هذا الحديث قائلاً (٥) .

((ولما عرفته تجنب أكابر العلماء ولاية القضاء ..)).

١٦ - وكان عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - يتشدد فى إختيار القاضى ، وهو القائل : « ما من أمير أمر أميراً أو إستقضى قاضياً محاباة

---

(١) أخرجه أبو داود والترمذى .

(٢) ورد فى صحيح مسلم .

(٣) سبل السلام - للإمام الصنعانى - المرجع السابق .

(٤) العصابة : جمع من الناس ، قال إبن فارس : نحو العشرة ، وقال أبو زيد : العشرة إلى الأربعين (المصباح المنير - للرافعى - جزء ١ و ٢ - ص٥٦٥ ، ومختار الصحاح - للرازى - ص٤٣٥) .

(٥) سبل السلام - للإمام الصنعانى - المرجع السابق .

إلا كان عليه نصف ما إكتسب من الإثم. وإن أمره أو إستقضاه لمصلحة المسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شىء مما عمل من معصيته » .

١٧- وعليه ، يكون تولى القضاء بالنسبة لحكمه (١) .

(١) **فرض عين** -إذا عرض القضاء على طالبه ، ولا يوجد فى البلد من يصلح للقضاء غيره ، فإذا إمتنع عن قبوله أثم إثم تارك فرض العين .

(٢) **مستحبًا** - إذا وجد غيره يصلح للقضاء . ولكنه هو أصلح له وأقوم به .

(٣) **عبادة** - إذا إستوى هو وغيره فى الصلاحية له ، فيخير فيه إن شاء قبله وإن شاء إمتنع عنه - فقد قضى الأنبياء والمرسلون جميعًا بين الناس ، وولوا غيرهم القضاء ، وكذلك فعل الخلفاء الراشدون ، ولنا فى الأنبياء والمرسلين والخلفاء الراشدين أسوة حسنة ، ولأن القضاء بالحق الذى أريد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة لله تعالى بل هو من أفضل العبادات ، وقد قال النبى ﷺ : « عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة » .

أما جواز ترك القبول فلما روى من أن النبى ﷺ قال لأبى ذر : « إياك والإمارة » ، كما يستفاد من ذلك أيضًا مما روى عن رفض أبى حنيفة وصاحبه محمد للقضاء .

لقد دخل فى القضاء قوم صالحون ، وترك الدخول فيه قوم صالحون، ومن أراد من القضاء أن يكون بمنجاة من العذاب أن يتأمل الحديث الشريف: « القضاة ثلاثة ..» .

(٤)**مكروهًا** - إذا كان طالب القضاء صالحًا له إلا أنه يوجد من أصلح له ، كان يخاف إذا تولى القضاء أن يحلف ويظلم أو يعجز عن القيام

---

(١) الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - المرجع السابق - ص٢٧٧ .

بواجباته من إظهار الحق وعدم أخذ الرشوة أو سماع دعاوى كل الخصوم .

(٥) حراماً – إذا غلب على ظنه أو علم من نفسه أنه يجور فى الحكم ولا ينصف فيه أو يعجز عن القيام بواجباته ، وذلك لما يعلمه من باطنه من إتباع الهوى والسير مع الشهوات (١) .

هذا ، والتقلد عند الأمن وعدم التعين رخصة والترك عزيمة ، هذا عند العامة ، وفى الصحيح « وقيل أن الدخول فيه عزيمة والإمتناع عنه رخصة(٢) .

شروط القضاء :

١٨– تتحدث كتب الفقه الإسلامى فى إسهاب عن كيفية إختيار القضاة، والشروط الواجب توافرها فيهم ، ووسائل المحافظة على كرامتهم وإستقلالهم وضمان العيش الحسن والمنزلة السامية لهم ، وتلك عناصر ذات أثر فى قيام القضاة بعملهم ، فضلاً عن صلتها الوثيقة بالعمل القضائى ذاته (٣) .

وكان الخليفة يتولى إختيار القضاة بنفسه أو يفوض فيه ولاة الأمصار ، وكان هذا الإختيار يتم بمعرفة أهل العلم والفقه .

١٩– ويشترط فى القضاء ما يشترطه فى الشهادة ، لأن القضاء من باب الولاية كالشهادة ، بل هو أعظم الولايات ، فيشترط فى طالب القضاء الشروط الآتية :

١– أن يكون عاقلاً .

---

(١) وأورد القاضى على قراعة : أنه يجب على الإمام أن يتفحص الرجال ويختار منهم للقضاء الأولى به والأقدر عليه وجوباً حتى يخرج من الخيانة المنصوص عليها فى قوله ﷺ: « من قلد غيره عملاً فى رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » ولو قلد رجلاً من أهله إلا أن غيره أفضل منه فقد أساء ولم يأثم (الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية – المرجع السابق – ص٢٨٠) .

(٢) الأصول القضائية – للقاضى على قراعة – المرجع السبق – ص٢٧٩ .

(٣) العمل القضائى فى القانون المقارن – رسالة – الدكتور قطب محمد طبلية – ص٩٢.

٢- أن يكون بالغاً .

٣- أن يكون حراً .

ولما كان القضاء من باب الولاية ، ولا ولاية لغير العاقل وغير البالغ وغير الحر (العبد) على أنفسهم فمن باب أولى لا تكون الولاية على غيرهم ، إذ الولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة ، فلا يصح إذن تولية الصبى والمجنون ولا قضاؤهما .

٤- أن يكون مبصراً ، فلا يصح قضاء الأعمى ، لأنه لا يمكن أن يفرق الطرفين المتداعيين ، كما لا يمكنه أن يشير إلى المقضي به إن كان موجوداً في مجلس القضاء [١] .

واختلف في الأعشي [٢] فقيل يجوز أن يولى القضاء .

٥- أن يكون حسن النطق - وقد إختلف فى قضاء الأخرس .

فذهب رأى إلي جواز إفتائه لا قضائه ، ومن مؤيدى هذا الرأى صاحب (رد المحتار) ، لأن الأخرس - فى نظره يستطيع أن يفرق بين المدعى والمدعى عليه.

وذهب رأى راجح - إلي عدم جواز قضاء الأخرس ، لأنه لا يسمع الإقرار فتضيع حقوق الناس ، بخلاف الأصم ، فضلاً عن أنه لا يمكنه التعبير عما يريد .

---

(١) راجع فى شروط القضاء تفصيلاً : الأصول القضائية - للقاضى على قراعة - ص٢٨٤ وما بعدها ، ومباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإبيانى - ص١٧٩ ، ونظرة عامة في القضاء - للأستاذ حافظ سابق - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١ - ص١٠٢ وما بعدها ، والعمل القضائى فى القانون المقارن - للدكتور القطب محمد طبلية ، وتاريخ القضاء فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس - ص٢٠ وما بعدها ، والقضاء فى الإسلام - للدكتور عطية مشرفة - ص١٩٨ ، ورد المحتار على الدر المختار - لإبن عابدين - جزء ٤ - ص٤٥ ، والقضاء في الإسلام - محاضرة الأستاذ عبد القادر خالد المحامى - المحاماة - السنة ٤٢ - العدد ١٠ - ص٨٨٢ وما بعدها .

(٢) وهو من لا يبصر بالليل ويبصر بالنهار (مختار الصحاح - ص٤٣٥)

٦- أن يحسن السمع - فلا يجوز قضاء الأصم .

أما الأطرش - وهو الذى يسمع القوى من الأصوات - فيجوز توليه القضاء على الأصح .

٧- أن لا يكون قد تولى القضاء برشوة يدفعها القاضى أو قومه للسلطان أو لقومه وهو عالم بها . فلو ولى بالرشوة بالصفة المذكورة لم يصر قاضياً ، ولو قضى لم ينفذ قضاؤه على الصحيح - ولو ولى بالشفعاء كان كمن ولى القضاء بلا شفعاء على الأصح ، فينفذ قضاؤه وتصح أحكامه .

٨- أن يكون مسلماً - فالقضاء من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، وقيل بجواز قضاء الكافر على الكفار أهل الذمة ، لأنه أهل الشهادة عليهم .

٩- أن يكون رجلاً (ذكراً) .

وقد تضمنت جميع كتب الفقه الإسلامى أنه يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلماً .

٢٠- وإختلفوا فى قضاء المرأة :

يذهب مالك والشافعى وأحمد بن حنبل - إلى أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء ، لنقص النساء عن رتب الولايات .

بينما ذهب أبو حنيفة - إلى جواز توليتها القضاء فى كل شىء تقبل فيه شهادتها وتصح عنده شهادة النساء فى كل شىء إلا فى الحدود والجراح .

على حين أطلق إبن جرير فأجاز قضاء المرأة فى كل شىء وفى جميع الأحوال ، قياساً على جواز إفتائها فى كل شىء .

وقد أورد صاحب (الأحكام السلطانية) تعقيباً على رأى إبن جرير - إنه لا إعتبار بهذا النظر ، لأن الإجماع على عكسه ، لقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض » ، أى أن الله

سبحانه وتعالى فضل الرجال على النساء فى القول والرأى (١) .

وجاء فى خبر البخارى : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة (٢) .

والخنثى كالأنثى فيما تقدم - ومع ذلك فقد نقل صاحب كتاب (محاضرة الأوائل) عن أوائل السيوطى أن أول من ولى القضاء من الخصيان جوهر خازن دار الملك الأشرف ولاه قضاء دمياط ، ولم يل القضاء خصى قبله(٣) .

٢١- ويعنينا أن نسجل هنا أن الخلاف بين الفقهاء حول تولى المرأة القضاء ، لم يتعد مجرد إبداء الرأى ، فلم يرشدنا تاريخ القضاء الإسلامى منذ عهد النبى ﷺ حتى اليوم أن المرأة إعتلت منصب القضاء .

ولقد كثر الحديث حول أهلية المرأة لتولى منصب القضاء (٤) . ويستند من يقولون بأحقيتها فى تولى هذا المنصب إلى خلو قانون السلطة القضائية من إشتراط الذكورة فيمن يصلح لوظيفة القضاء ، ومع ذلك فقد جرى العمل فى جمهورية مصر العربية (الإقليم المصرى) على عدم تعيين المرأة فى الوظائف القضائية ، إستهداء بما جرى به تاريخ القضاء الإسلامى .

والرأى عندنا أنه يجب النظر إلى ولاية القضاء بعين شرقية إسلامية والإبتعاد عما تجرى عليه المجتمعات الأوربية وغيرها .

---

(١) يراجع فى حكم تولى المرأة القضاء : العناية على الهداية - جزء ٥ - ص٤٨٥ ، والأحكام السلطانية - للماوردى - ص٥٣ و ٥٤ ، وإبن عابدين - جزء ٤ - ص٤١٤ ، والمغنى - لإبن قدامة - جزء ١١ - ص٣٨٠ .

(٢) وقال الإمام إبن حزم : وجائز أن ترى المرأة الحكم وهو قول أبى حنيفة ، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ولى السيدة الشنقاء بنت عبد الله وهى إمرأة من قومه منصب الحسبة على السوق » (المحلى - جزء ٩ - ص٤٩٢) وقد ورد ذلك أيضاً فى المراجع التالية : سبل السلام -العلامة العسقلانى - جزء ٤ - ص١٨١ ، والإستيعاب - العلامة إبن عبد البر - جزء ٢ - ص٧٦١ ، والإصابة - للعلامة إبن حجر - جزء ٨ - ص١٢٠ .

(٣) تاريخ القضاء فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس - المرجع السابق - ص٨٦.

(٤) تراجع جريدة الأخبار - الصادرة بتاريخ ١٩٦٤/٦/١٨ - ص١٢ .

فطبيعة عمل القاضى وما يقوم به ويواجهه من الإرهاق فى البحث لا تناسب المرأة بحال .

كما أن القاضى لا يتأثر بما يسمع ، بل يقضى فى النزاع فى حدود القانون وطبقاً لمقاييس العدل .

وإن كان مما يتفق وطبيعة المرأة تولى الوظائف الكتابية والحسابية وأعمال السكرتارية ، وما إليها ، فإنها أعمال لا تحتاج إلى عناء كبير ، كما انها لا تستغرق الوقت المخصص للزوج والأولاد والبيت .

أما مجابهة الجماهير وسماع مشكلاتها ، والخوض فى بحث أقضية حساسة ودقيقة تمس العرض والأخلاق ، لا يتلاءم كل ذلك مع طبيعة المرأة التى تهتز عواطفها لأتفه المؤثرات – ولا يغير من ذلك قدرة المرأة على ممارسة مهنة الطب أو التمريض أو البحث العلمى أو التدريس مثلاً .. فإنه– مع ذلك – قد ثبت أن الطبيبة الناجحة مثلاً هى التى تعمل فى أمراض النساء أو الأطفال لتلاؤم ذلك مع طبيعة المرأة (١) .

وبالنسبة لدراسة القانون ، فإننا نلاحظ أن إقبال المرأة عليه محدود للغاية ، كما أن الخريجات اللائي صمدن فى ميدان القضاء الواقف قليل جداً، ولا يمكن أن نفتح باب التجربة لمثل هذا العدد القليل – كما أن من الخطر أن تكون التجربة على حساب حقوق المتقاضين ومصالحهم وحرياتهم .

إن المجتمعات الأوربية التى أذنت للمرأة بإعتلاء منصب قضاء الأحداث أو نيابة الأحوال الشخصية قد إضطرت إلى ذلك بسبب النقص فى عدد الرجال بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية . ولم يقتصر فتح الباب لها على القضاء وحده . بل أذن لها بدخول المصنع وقيادة الأوتوبيس والتاكسى

---

(١) ولا يجوز – فى الجزيرة العربية – قضاء المرأة ، كما انها لا تلتزم بسلامة الحواس ، إذ يمكن هناك تولية الأعشى والأعمى ومن يمكن أن يسمع ولو بصياح القضاء (القاضى فى الجزيرة العربية – مقال – للأستاذ عبد الله العباسى المحامى– السنة ٤٦ – العدد ٢ و ٨ – ص٨٣٦) .

وجميع الوظائف العامة ، ومع ذلك فإن نتائج التجربة قد فشلت ، فلم تصلح المرأة الأوربية لكى تكون محلفة أو وكيلة نيابة .

أما المجتمعات الأخرى التى أذنت للمرأة بإعتلاء منصة القضاء المحدود، فقد كانت مقلدة لا أكثر ولا أقل ، ولم يتأكد نجاح التجربة عند هؤلاء .

ولعل ملاحظة أخيرة يمكن إبداؤها فى هذا الصدد ، ذلك أنه يشترط فى القاضى أن يكون على دراية كاملة بمشكلات الناس ومنازعتهم والمرأة بطبيعتها قليلة التجربة .

ومن ثم كان من الحكمة القول بعدم صلاحية المرأة لتولى منصب القضاء .

صفات القاضى :

٢٢- القاعدة العامة (١) هى إختيار الأمثل الأصلح لكل منصب والقوة والأمانة ركنا كل ولاية . والقوة فى القضاء تعنى العلم بالعدل الذى دل عليه الكتاب والسنة . كما تعنى القدرة على تنفيذ الأحكام .

والأمانة ترجع إلى خشية الله ، وألا يشترى به ثمناً قليلاً ، وترك خشية الناس ، ويقدم فى ولاية القضاء الأعلم والأورع والأكفأ (٢) .

وينبغى أن يكون القاضى موثوقاً به فى عفافه وعقله وصلاحه وعلمه

---

(١) أهم المراجع فى الصفات : رد المحتار على الدر المختار – لإبن عابدين – جزء ٤ ، والأصول القضائية – للقاضى على قراعة – طبعة ١٩٢١ و ١٩٢٥ – ص٢٨٠ ، والعمل القضائى فى القانون المقارن – للدكتور القطب محمد طبلية – ص٩٢ وما بعدها ، والسياسة الشرعية – لإبن تيمية – طبعة ١٩٥١ – ص١١ –١٨ ، وتاريخ القضاء فى الإسلام – للقاضى محمود عرنوس – ص٢٦ و ٧٠ و ١٢٤ ، ونظرة عامة فى القضاء – للأستاذ حافظ سابق – المحاماة – السنة ٤٠ – العدد ١– ص١٠٦ ، ومباحث المرافعات – للأستاذ محمد زيد الإبيانى ص١٢٤ ، والقضاء والمحاماة فى كتاب الله – للأستاذ حسن عبد الجواد – المحاماة – السنة ٤٠ – العدد١٠ –ص١٨٢٩ وما بعدها ، والمبادىء الأساسية لولاية القضاء فى الإسلام – مقال – للقاضى أنور العمروسى – المحاماة – السنة ٤٩ – العدد ٤ – ص٧٢ وما بعدها .

(٢) السياسة الشرعية – لإبن تيمية – ص٤١ وما بعدها .

بالسنة والآثار ، شديداً فى غير عنف ، ليناً فى غير ضعف لأن القضاة من أهم أمور المسلمين ، فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر من الناس كان أولى (١) ، وينبغى للسلطان (٢) أن يتفحص فى ذلك ويولى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام : « من قلد إنساناً عملاً فى رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » – وهذا الحديث يدل على إثم السلطان ، بتوليته غير الأولى .

كما يجب أن يكون طالب القضاء موثوقًا به : أى مؤتمناً – والمراد بالموثوق بعقله كونه كاملاً ، فلا يولى الأخف وهو ناقص العقل .

والفاسق ليس بأهل القضاء ، ولا يصح قضاؤه لأنه لا يؤمن عليه لفسقه ، وكذلك شأن الجاهل الفاسق لأنه يحكم بفتوى غيره .

والصلاح خلاف الفساد ، وفسر الخصاف الصالح بمن كان مستوراً غير مهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل السوء ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال ، وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفاً بالكذب فهو أهل الصلاح .

وتطلبوا فى القاضى أيضاً العلم بالأحكام الشرعية وأسرار التشريع – فقد قال أبو عبد الله بن فرج المالكى فى كتابه (أقضية الرسول) (٣) : إتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة على أنه لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالمًا بالحديث والفقه معًا مع عقل راجح وورع – وذهب الشافعى إلى أنه يجب أن يكون القاضى من أهل الإجتهاد .

ويلاحظ البعض (٤) على كلام الفقهاء فى هذا الشأن المرونة وعدم الجمود ومراعاة الزمن والبيئة والظروف المتغيرة – فيقول إبن تيمية

---

(١) أى مطلوب منه أن تكون صفته هكذا (الزيلعى) .

(٢) رد المحتار على الدر المختار – لإبن عابدين – ص٤١٤ وما بعدها ، وشرح الدر المختار – لمحمد علاء الدين الحصكفى – جزء ٢ – ص١٣٤ وما بعدها .

(٣) تاريخ القضاء فى الإسلام – للقاضى محمود عرنوس – المرجع السابق – ص٢٦.

(٤) العمل القضائى فى القانون المقارن – للدكتور القطب محمد طبلية – المرجع السابق ص٩٢ .

بتقديم الأروع من القضاة على الأعلم فيما يظهر فيه الحكم ويخاف فيه الهوى ، وتقديم هذا الأخير على الأول فيما يدق الحكم ويخاف فيه الإشتباه، ويقدم الأكفأ عليهما إن كان القضاء يحتاج إلى قوة وإعانة للقاضي أكثر من حاجته إلى مزيد من العلم والورع (١) .

وإذا وجد المجتهد كان أولى بالقضاء لأنه هو الذي يمكنه القضاء بالفتوى - مثلاً : إذا قال رجل قلت لزوجتي انت طالق قاصداً بذلك الإخبار كاذباً ، فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع ، والقاضي يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر (٢) .

وإذا إجتهد الإمام أو نائبه وعين قاضيًا موثوقًا به في عفافه ، وعدله ، وصلاحه وفهمه ، وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ، وجب على القاضي أن يسير السير الذي يرضي الله ورسوله ، فيأخذ بآداب الشرع الشريف ، فيتقي ما يشينه في دينه ومروءته وعقله ، فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدي به فيتقي الله في جميع أعماله . ويقضي بالحق فلا يقضي لهوى يصله ولا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده طمعاً في جزيل ثوابه وهرباً من أليم عذابه فيتبع الحكمة وفصل الخطاب (٣) .

ومتى رفعت إليه دعوى يلزمه أن يسوي بين الخصمين في الجلوس والإقبال عليهما ، فلا يسار أحدهما ، ولا يضحك في وجهه ، ولا يلقنه حجته ، ولا يذهب إلى ضيافته ، ولا يقول كلاماً خفيًا ، ولا بلسان لا يفهمه الآخر ، ويلقن الشاهد شهادته (٤) .

فالذي يلزم القاضي هو التخلي عن كل ما يشينه والتحلي بجميع

---

(١) السياسة - لإبن تيمية - ص١٨ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار - لإبن عابدين - المرجع السابق .

(٣) مباحث المرافعات - للأستاذ محمد زيد الإبياني - المرجع السابق - ص١٢٤ .

(٤) وإستحسنه أبو يوسف ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا إبتلى أحدكم بالقضاء فليعدد بينهم في المجلس والإشارة والنظر » لأنه إذا قدم أحدهما يجترىء على خصمه فيفترسه صاحبه ، فربما يؤدي ذلك إلى ترك حقه ، ولا فرق في ذلك بين الأب والإبن وبين الخليفة والرعية وبين الدرء والشرف وبين المسلم والذمي .

صفات الكمال ، لأنه لا يسعه ما يسمع غيره ، فالعيون إليه مصروفة وتقوى الخاصة على الإقتداء به موقوفة .

وقد نصوا على أنه ينبغي للقاضى أن يعتذر للمقضى عليه فيبين قضاءه ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم فى الشرع كذا وهو يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره وإنما قالوا ذلك لأنه أدفع لشيكاته للناس ونسبته أنه جار عليه فربما تتناول العامة عرضه وهو برىء ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى وقد نصوا أيضًا على أن الحاكم(١) يعرض الصلح على المتخاصمين مرة أو مرتين سواء أكانت الخصومة بين الأقارب أو غيرهم ، فإن إتفقوا على الصلح أجراه بينهم على وفق مسائله . وإن لم يتفقوا أتم المحاكمة وحكم ، والسبب فى ذلك أن الحكم بعد إثبات الدعوى ربما يؤدى إلى النزاع بين الخصوم فى غير هذه الدعوى، ويترتب عليه ما لا تحمد عقباه ، فإذا إصطلحوا على ما يردون زال سبب النزاع مع تأدية غرض الطرفين (٢) .

٢٣– وعلى هدى مما تقدم فإنه يجب أن تتوافر فى القاضى الصفات التالية : الإستقامة ، والنزاهة ، والإستقلال فى الرأى ، وسعة الصدر ، وهدوء الفكر ، والرزانة ، وعفة اللسان ، والتواضع ، وأن لا يكون عابس الوجه قلقاً أو ضجراً .

وأن يكون متمتعًا بالمواهب العقلية ، كالذكاء وسعة الإدراك وقوة الملاحظة والإستدلال ، وأن يكون متمتعًا كذلك بالمواهب النفسية كالقدرة على الإصغاء إلى المرافعات الشفوية ، والقدرة على التحكم فى العواطف ، ومقاومة الأهواء وإصلاح ذات النفس (٣) .

إن للقاضى مصدر للعدالة بما حباه الله من فهم لمعنى العدل وإحساس

---

(١) الحاكم أى القاضى .

(٢) مباحث المرافعات ، للشيخ محمد زيد الإبيانى ، المرجع السابق ص١٧٥ .

(٣) نظرة عامة فى القضاء ، الأستاذ حافظ سابق ، المحاماة، السنة ٤٠ ، العدد ١ ص١٠٦ .

بالقيام بالواجب وصفاء فى الذهن ونقاء فى الطبع ونور فى القلب ورغبة فى الإجتهاد .

٢٤- فقد أورد صاحب (المبسوط) (١) حديث معاذ بن جبل ، فقد روى عن الرسول ﷺ أنه حين بعث معاذاً بن جبل إلى اليمن سأله : « بم تقضى؟ قال بكتاب الله قال : « فإن لم تجد ؟ » قال : فبسنة رسول الله . قال : « فإن لم تجد ؟» قال : أجتهد رأيى ولا آلو . فأقره الرسول عليه السلام على ذلك قائلاً : « الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله » رواه البغوى ، وأخرجه أبو داود والترمذى (٢) .

وقد ورد فى (نهاية الأرب) نقلاً عن الحليمى صاحب المنهاج إنه إذا أراد الحاكم الجلوس للحكم ، فليجلس وهو فارغ القلب لا يهمه إلا النظر فى أمور المتظلمين ، وإن تغيرت حاله بغضب أو غم أو سرور مفرط أو وجع أو ملالة أو إعتراه نوم أو وجع ، فليقم إلى أن يزول ما به ثم يجلس – فقد روى عن رسول الله : « لا يقضى القاضى بين إثنين وهو غضبان » (٣) .

٢٥- ويجب أن يكون القاضى عدلاً ، وأن لا يتأثر بمركز الخصم ونفوذه .

قال تعالى : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين» .

وقال سبحانه « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقال جل شأنه : « وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى » . وقال عز من قائل : « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله » .

---

(١) المبسوط ، لشمس الأئمة السرخسى .

(٢) انظر فى الإعتراض على هذا الحديث ووجهات النظر المختلفة فيه : السنة ومكانتها فى التشريع الإسلامى للدكتور مصطفى السباعى ، طبعة ١٩٦٦ ، ص٣٤٤ و٣٤٦ ، والرسالة للإمام الشافعى ، طبعة القاهرة ، ص٦١ .

(٣) القضاء فى الإسلام – للشيخ محمد سلام مدكور – طبعة ١٩٦٤ – ص٣٧ وما بعدها .

وقال عليه الصلاة والسلام فى ذلك : « إن الله مع القاضى ما لم يجر ، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان » وقال عليه السلام : « من حكم بين إثنين تحاكما إليه وإرتضياه فلم يقضى بينهم بالحق فعليه لعنة الله » .

وروى فى حادث المرأة المخزومية التى إتهمت بالسرقة ، أن أسامة تحدث مع رسول الله ﷺ فى شأنها ، فقال له رسول الله « أتتشفع فى حد من حدود الله – ثم قام رسول الله خطيبًا فقال : أيها الناس إنما ضل من قبلكم – ويقصد بنى إسرائيل – إنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله – ولو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » .

ويجب أن يسوى القاضى بين الخصمين فى الجلوس والنظر والخلوة حتى لو إختلفا مركزاً ولم يتحدا ديناً – وقد روى فى ذلك أن رجلاً ادعى على (١) على بن أبى طالب عند عمر بن الخطاب وكان على جالسًا فالتفت إليه عمر وقال له : « يا أبا الحسن قم فاجلس مع خصمك ، فقام وجلس مع خصمه متناظراً . ولما إنصرف الرجل عاد على إلى مجلسه – وكان وجهه متغيراً ؟ فقال له عمر : يا أبا الحسن مالى أراك متغيراً ؟ أكرهت ما كان ؟ فقال على : نعم . قال عمر : وما ذاك ؟ فقال على : كنيتنى فى حضرة خصمى ، هلا قلت يا على قم فاجلس مع خصمك؟ فأخذ عمر رأس على وقبله بين عينيه ، وقال : يا أبى أنتم ، بكم هدانا الله وبكم أخرجنا من الظلمات إلى النور .

وروى كذلك أن عمر بن الخطاب وإبن أبى كعب إختصما إلى زيد بن ثابت ، فألقى زيد وسادة لسيدنا عمر ليجلس عليها . فقال له عمر : هذا أول جورك ثم جلس على الأرض بين يديه .

وروى عن أبى يوسف أنه قال فى مناجاته عند موته : اللهم إنك تعلم أنى ما تركت العدل بين الخصمين إلا فى حادثة واحدة فاغفرها لى . فقيل له : وما تلك الحادثة ؟ فقال : ادعى نصرانى على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكننى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاذاة مع خصمه ، ولكنى

---

(١) اى إختصمه .

رفعت النصرانى إلى جانب البساط بقدر ما أمكننى ، ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما فى المجلس ، فكان هذا جورى .

ولا يصح أن يتأثر القاضى بمظهر الخصم فقد يوقعه ذلك فى خطأ جسيم ، وقد روى فى ذلك أن أمرأة جاءت إلى القاضى تبكى بكاء مراً ، فقال أحد الحاضرين : إن هذه المرأة لا شك مظلومة ، فقال القاضى : أن بكاءها لا يصح الإستدلال به على صحة دعواها ، فقد قال تعالى فى سورة يوسف «وجاءوا أباهم عشاء يبكون» .

ويجب على القاضى أن لا يقضى فى الدعوى المطروحة عليه قبل أن يسمع أقوال الخصمين ودفاعهما . وقد روى فى ذلك عن على رضى الله عنه أنه قال: « بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيًا وأنا حديث السن لا علم لى بالقضاء ، وقال عليه الصلاة والسلام : (إن الله سيهدى قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء) .

وروى أن ثوبة بن ثمر عندما ولى القضاء على مصر دعا إمرأته عقيرة وقال لها : يا أم محمد أى صاحب كنت لك ؟ قالت خير صاحب وأكرمه . قال : إذن فاسمعى لا تعرضين لى فى شىء من القضاء ولا تسألينى عن حكومة (١) ، ولا تذكريننى ، فإن فعلت شيئًا من ذلك فأنت طالق فإما أن تقيمى مكرمة وإما أن تذهبى ذميمة.

وقال عمر بن عبد العزيز إذا توافرت فى القاضى خمس خصال فقد كمل :

(١) عمل بما كان قبله .
(٢) ونزاهة عن الطمع .
(٣) وحلم على الخصم .
(٤) وإقتداء بالأئمة .
(٥) ومشاركة أهل العلم والرأى .

على هذه القاعدة كان إختيار القضاة . وكان الذى يختار القاضى هو

---

(١) أى حكم .

الخليفة نفسه ، وكان كثير من القضاة يرسل إلى الخليفة يطلب رأيه فى بعض الحوادث إذا أشكل عليه أمرها (١) ، فقد كتب عياض بن عبد الله الأزدى قاضى مصر من قبل عمر بن عبد العزيز يسأله فى أمر الشفعة ، وأن سلفه كانوا يقضون فيها للأولى فالأولى من الجيران ، فكتب له أن يجعلها للشريك وحده ، وقال : إذا وضعت الحدود بين أهل الشرك فى الميراث أو غيره وضربت مداخل الناس التى يدخلون منها دورهم وأرضهم فقد إنقضت الشفعة .

العمل القضائى فى الإسلام :

٢٦- كان الرسول عليه الصلاة والسلام أول قاض فى الإسلام ، بنفس القدر المبشر المنذر لرسالة ربه إلى عباده ، فكان يفصل بين المسلمين فى جميع نوازلهم ، ويقيم الحدود على المذنبين بمقتضى القرآن الكريم والوحى والإجتهاد والإلهام الربانى - قال تعالى وهو أصدق القائلين : «فاحكم بينهم بما أنزل الله» وقال جل شأنه : «فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجًا مما قضيت ويسلموا تسليما» (٢) .

وكثيراً ما كان الرسول عليه السلام يستأنس برأى الصحابة ، فقد كانوا له أشبه بالمستشارين فى العصر الحديث (٣) .

ولما هاجر الرسول ﷺ إلى المدينة جاء بنظام للقضاء يتصل بالدعاوى والشهادات وطرق الإثبات (٤) .

وكانت طرق الإثبات عند الرسول عليه الصلاة والسلام : البينة ،

---

(١) القضاء والمحاماة فى كتاب الله ، للأستاذ حسن عبد الجواد - المرجع السابق .

(٢) شرح القانون الأحوال الشخصية العراقى - للقاضى علاء الدين خروفة - المرجع السابق ص٥ .

(٣) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص٢٨ .

(٤) تاريخ القضاء الإسلامى - محاضرات على الآلة الناسخة لكلية الحقوق بالأسكندرية ص٣٣.

واليمين ، والكتابة ، والفراسة ، القرعة ، وغيرها . وكان يقول :

« البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » - « وأمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » - « وإذا إجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد » .

وكان عليه الصلاة والسلام لا يحابى أحداً من المتخاصمين ، فقد أثر عنه انه قال : « إذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقضى حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول ، فإنه أحرى أن يبين لك وجه القضاء » .

وكان الفصل فى الخصومات فى صدر الإسلام يدور على محور واحد هو القرآن المنزل من عند الله ، قال تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما » .

فلما إتسعت الدولة الإسلامية أذن الرسول لبعض الصحابة بترخيص الخصومات بين الناس طبقاً للكتاب والسنة والقياس . كما أذن الرسول عليه السلام للولاة الذين أرسلهم إلى الأمصار بالقضاء طبقاً للقياس والسنة والإجتهاد (معاذ بن جبل) .

ودعا الرسول لمن أذن لهم بالقضاء أن يفصلوا بين المتخاصمين بكتاب الله والسنة والقياس . إن أحكام القرآن نزلت مجملة ظاهرة العموم فى مواردها ، فهى تتناول العموميات فى المسائل لا من الخصوصيات التى يكثر حدوثها فى كل زمان ومكان (١) .

وكان نظام القضاء فى عهد الرسول عليه السلام لا يأخذ الشكل المعروف الآن كانت سماته تتجلى فى أن يسأل فى أمر من أمور الناس فيجيب على المسألة وفقاً لما يوحى به إليه .

وكان طريق القضاء سهلاً وبسيطاً يتناسب والبداوة التى كانت سمات ذلك العصر ، فلا كتبة ، ولا محضرون ، لا إعلانات ، ولا مذكرات ، ولا

---

(١) شرح اللائحة الشرعية للأستاذين قمحة وعبد الفتاح – المرجع السابق – ص٢٨ .

دفوع ، ولا معارضات ، ولا إستئنافات ، بل كان الخصوم يتوجهون إلى الرسول عليه الصلاة والسلام يعرضون عليه خصومتهم فيسمع أقوالهم ويحكم بينهم فيرتضون حكمه ، ويقوم المحكوم عليه بتنفيذه طوعاً ودون حاجة إلى إجبار . وكان ﷺ شديد الميل إلى إصلاح ذات البين ، فقد كان ﷺ يقول : « ردوا الخصوم كى يصطلحوا » . وهو منهج جليل أخذت به أغلب القوانين العصرية (١) .

وقد روى الإمام أحمد فى (المسند) عن أم أسامة عند زوج النبى ﷺ أنها قالت : جاء رجلان يختصمان فى مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة . فقال رسول الله ﷺ « إنكم تختصمون إلى رسول الله ، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض . وإنما أقضى بينكم على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها أسماطاً فى عنقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقى لأخى . فقال رسول الله ﷺ : « أما إذن فقوما ، فإذهبا فلتقتسما ، ثم توخيا الحق ثم إستهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » .

٢٧- وتولى القضاء بعد الرسول ﷺ **الخلفاء الراشدون** وكان نظام القضاء عندهم متمثلاً فى الأخذ من كتاب الله وسنة رسوله ، سائرين فى ذلك على نفس المنوال ، ومهتدين بهدى الرسول الكريم .

فقد قال أبو بكر فى أول خطبة له بعد ما ولى الخلافة « أيها الناس إنى وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينونى ، وإن أسأت فقومونى» ، ثم قال : « الضعيف فيكم قوى عندى حتى أرد عليه حقه إن شاء الله ، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه إن شاء الله » .

تلك كانت المبادىء القضائية فى نظر أبى بكر .

وكان يقوم إلى المسلمين ليسألهم عن سنة الرسول ﷺ فى المسألة التى تعرض عليه ليقضى فيها ، فإذا روى أحدهم أنه يعرف أن الرسول

---

(١) اللائحة الشرعية - المرجع السابق - ص٢٩ .

عليه الصلاة والسلام حكم فى مسألة معينة بحكم ، قال أبو بكر – عندئذ – الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ عن نبينا » .

أما عمر بن الخطاب فقد فصل الولاية عن القضاء بسبب كثرة الفتوحات الإسلامية وإتساع نطاق العمران بحيث أصبح من العسير على الخليفة أو نائبه أن يجمع بين النظر فى الأمور العامة ، والفصل فى الخصومات ، فعهد بالقضاء إلى شخص أخر غير الوالى ، فقد جاء بمقدمة إبن خلدون أن عمر بن الخطاب ولى أبا الدرداء معه بالمدينة للقضاء ، وولى شريحاً بالبصرة ، وأبا موسى الأشعرى بالكوفة .

ويعتبر كتاب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى – السابق بيانه – مهما إختلف الرواة فيه (١) دستوراً لنظام القضاء والعمل القضائى حتى يومنا هذا (٢) .

ومما يروى أن أحد المصريين جاء إلى عمر بن الخطاب يشكو من إبن عمرو بن العاص حاكم مصر من قبل عمر ، فيستدعى الحاكم ، إلى مقر الخلافة ليقتص منه الشاكى ، ثم يقول للمصرى « اضرب إبن الأكرمين » ويلتفت إلى عمرو بن العاص ويقول : « متى إستعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً » – فقد كان رضى الله عنه يعتبر نفسه مسئولاً عن تصرفات عماله فى الأمصار ، ولذا كان يقول « أيما عامل لى ظلم أحداً فبلغتى مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته » .

---

(١) أعلام الموقعين – لإبن القيم – وقد علق ابن القيم على خطاب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى قائلاً – : « هذا كتاب جلال تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتى أحوج الناس إليه وإلى تأمله والتفقه فيه..» ، ويعتبر الشيخ عمر عبد الوهاب هذا الكتاب من الأدلة الشرعية (ينظر مقاله : القياس والأدلة – مجلة الحقوق السنة ٣ – العدد ٧٤) .

(٢) ويعقب الشيخ عمر عبد الله على خطاب عمر بن الخطاب بقوله : « .. ولم يزل الفقهاء والقضاة من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم يسلكون هذا الطريق فى القضاء وفى إستنباط الأحكام الشرعية ومعرفتها ... » ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية – طبعة ٢ – ١٩٥٨ – ص٩ ويراجع أيضاً : فى محراب العدالة وشريعة الله – للدكتور جمال الدين الرمادى – ص٢٤ .

وروى أيضاً أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وعرض عليه مسألته وقال : إن زيدا وعليا قضيا له فيها بكذا ، فقال عمر « ولو عرضت على لقضيت فيها بكذا » فقال الرجل . وما يمنعك أن تقضى فيها بهذا الرأى ؟ فقال له عمر : « لو كنت أردك إلى كتاب الله وسنة رسوله لفعلت ، ولكن أردك إلى رأى والرأى مشترك » ، فلم ينقض ما قال على وزيد .

فقد كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه – بحق – ذا عقل قضائى ممتاز ، بارعًا فى الإجتهاد موفقًا فى الرأى ، عرف بذلك فى كل حياته وفى زمن الرسول عليه الصلاة والسلام وفى خلافة أبى بكر ، وفضله على القضاء لا يتسامى إليه فضل .

ولما إتسعت رقعة الدولة الإسلامية وتعقدت أمورها السياسية والدولية، أعطى ولاة الأمصار حق إستقضاء القضاة وتوليتهم دون الخلفاء ، وقد كتب الإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهه إلى عامله فى مصر كتاباً فوض له بموجبه إختيار القاضى وأرشده إلى الصفات الواجبة فيه والتى تعد دستوراً فى إختيار القضاة حتى يومنا هذا ، وقد ذكرنا نص الخطاب فيما تقدم .

وكان الخلفاء الراشدين وغيرهم من التابعين مشهورين بالفراسة التى كانت تساعدهم على إستفسار الحق وتعرف الظالم من المظلوم ، والمحق من المبطل . قال تعالى : « إن فى ذلك لآيات للمتوسمين » ، وقد فسر ذلك رسول الله ﷺ بالمتفرسين ، فقد قال عليه الصلاة والسلام : « إتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله » وقال أيضًا : « إن لله عباداً يعرفون الناس بالتوسم » (١) . والفراسة ناشئة عن جودة القريحة ، وحدة النظر ، وصفاء القلب ، وإمام الناس فى ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لم تكن تخطىء له فراسة ، وكان يرى الشىء فى حياة النبى ﷺ فيجىء الوحى موافقاً لرأيه (٢) .

---

(١) رواهما الترمذى .

(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام – للقاضى محمود عرنوس – المرجع السابق – ص٣٧ و ٣٨ .

وسار القضاء فى عهد بنى أمية على طريق الخلفاء الراشدين فى إستنباط الأحكام من الكتاب والسنة والإجماع ، وكان القضاة يجتهدون برأيهم ، ومن أشهر قضاتهم ذكاء وفراسة القاضى إياس . فقد كان ذكاؤه مضرب الأمثال . قال الحريرى فى المقامة السابعة ، « فإن ألمعيتى ألمعية إبن عباس وفراستى فراسة إياس » ، وقال الشاعر أبو تمام :

إقدام عمرو فى سماحة حاتم   فى حلم أحنف فى ذكاء إياس

إمتاز القضاء فى عهد بنى أمية بميزتين :

الأولى – أن القاضى كان يقضى بما يوحى إليه إجتهاده حيث لم تكن المذاهب الأربعة التى تقيد بها القضاة فيما بعد قد ظهرت فى هذا العصر ، فكان القاضى يرجع فى قضائه إلى الكتاب والسنة فى الفصل فى الخصومات .

الثانية –أن القضاء لم يكن يومئذ متأثراً بعوامل السياسة حيث كان القضاة مستقلين فى قضائهم عن جميع السلطات وكانت كلمتهم نافذة حتى على الولاة وعمال الخراج .

وكان القضاة فى ذلك العصر من خيرة المعاصرين كرام النفوس موفورى المنزلة ، يخشون الله ويخافون حسابه ، وعلى الرغم من إستقلالهم فى القضاء ، فقد كان الخليفة الأموى شديد المراقبة لمن شذ عن الطريق السوى .

وحكى الكندى أن الخليفة هشام بن عبد الملك الأموى كتب إلى عامله على مصر يقول له : (.. وتخير لقضاء مصر رجلاً ، عفيفاً ، ورعًا ، تقياً ، سليماً من العيوب ، لا تأخذه فى الله لومة لائم) .

وإتسعت الحضارة فى العصر العباسى ، وإنتشر الإسلام شرقًا وغرباً ، وتفرق حفاظ الشريعة ورواتها فى الأمصار ، وإقتضى العمران وتشعب المعاملات لدى الأمم التى دخلت فى الإسلام دائرة القضاء ، قال الإمام مالك قال عمر بن عبد العزيز : يحدث للناس من الأقضية بقدر ما يحدث لهم من الفجور .

وقد كتب عبد الله بن المقفع إلى أبى جعفر المنصور ثانى الخلفاء العباسيين رسالة قال فيها :

« ومما ينظر أمير المؤمنين فى أمر هذين المصرين - البصرة والكوفة- وغيرهما من الأمصار والنواحى إختلاف هذه الأحكام المتناقضة التى بلغ إختلافها أمراً عظيمًا . فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية فترفع إليه كتاب ويرفع معها ما يحتج به قول من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه ، ونهى القضاة عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعًا رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً » .

وسار النظام القضائى الإسلامى فى الأمصار على نهج نظام السابقين مع تقدم وتطور مستمر بحضارات أهلها إلى حد كبير ، وبرزت عبر القرون الطويلة عبقريات عديد ممن إعتلوا مناصب القضاء . واطنبت كتب التاريخ والعلوم والأحكام فى سرد مأثرهم وأقضيتهم ، وكشفت عن جوانب الإعزاز والسمو فى قضاء الإسلام ونزاهتهم وعلمهم بما يعد أثراً خالداً ، ومفخرة على مر الأيام .

وكان فى مصر - فى دولة المماليك - نظام قضائى ممتاز ، وكان فيها قضاة عرفوا بحسن السيرة وطهارة الذمة يحترمون مركزهم القضائى ، ولا يقبلون تدخل أحد فى أعمالهم مهما علا مركزه . وكثيراً ما كانوا يرفعون إستقالتهم من مناصبهم إذا هددوا فى كرامتهم أو إعتدى أحد على إستقلالهم . كما انهم كانوا لا يقبلون الرشوة ولا الهدية . ولذلك كان لهؤلاء القضاة مقام كريم فى الدولة المصرية وفى نظر السلاطين والأمراء وجميع طبقات الشعب .

إمتحان القاضى :

٢٨- لما كان الشرع الإسلامى قد مجد القضاء وسما بالقاضى - وكان من الرسل والأنبياء - فقد إهتم قادة الرأى بإختيار من يولونه قاضياً .

وكان يحيى بن أكثم قاضى المتوكل يتولى إمتحان من يترشح للقضاء بنفسه حتى لا يتعين فى منصب القاضى إلا من أثبتت التجارب وأثبت

ماضيه أنه جدير به ، وقد جاء كتاب (عيون الأخبار) [١] لإبن قتيبة الدينورى أن يحيى بن أكثم كان يمتحن من يريدهم للقضاء فقال لأحدهم : ما تقول فى رجلين زوج كل واحد منهما الآخر أمه فولد لكل واحد من إمرأته ولد ، ما قرابة ما بين الولدين ؟ فلم يعرف الإجابة ، فقال له يحيى : كل واحد من الولدين عم الآخر لأمه .

وجاء فى كتاب (نفح الطيب) لأبى العباس المقرى أنهم كانوا فى عاصمة الخلافة فى الأندلس لا يقدمون أحداً للفتوى ولا لقبول الشهادة حتى يطول إختبار وتعقد له مجالس المذاكرة ذا مال فى أغلب الأحيان [٢] .

وإمتحن إبن شبرمة طالبًا للقضاة من أهل صنعاء ، فقال له : دعيت لأمر عظيم ، للقضاء ، فقال الرجل : ما أيسر القضاء . فقال إبن شبرمة : نسألك عن شىء أيسر منه ، قال سل ، قال إبن شبرمة : ما تقول فى رجل ضرب بطن شاه حامل ، فألقت ما فى بطنها ؟ فسكت الرجل فقال إبن شبرمة : إنا بلوناك فما وجدنا عندك شيئاً فقيل له : ما القضاء فيها ؟ قال إبن شبرمة : تقوم حاملاً ، وتقوم حائلاً ، ويغرم قدر ما بينهما [٣] .

وأورد صاحب (رد المحتار على الدر المختار) أنه لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم ، سريع الحركة ، عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور « فوجدوا فيها إنساناً مذبوحًا بذلك الوقت ، ولم يوجد بالدار أحد غير ذلك الخارج – فمن يكون القاتل ؟ الإجابة : يؤخذ به الخارج بالسكين ، وهو الظاهر إذ لا يمترى أحد فى أنه قاتله أما القول بأن شخصاً آخر ذبحه ثم تسور الحائط ، أو بأن القتيل ذبح نفسه ، لا يلتفت إليه ، لأنه لم ينشأ عن دليل [٤] .

---

(١) عيون الأخبار – لإبن الدينورى .

(٢) ويقول الدكتور جمال الدين الرمادى : « كما يكون التعيين بالمعرفة السابقة أى بطول الخبرة دون تحيز أو محاباة ، وإما بشهادة الثقة أى أن يشهد له جماعة من الثقاة بطول الباع فى فهم كتاب الله والسنة وغير ذلك من أمور الشرع الشريف...» (فى محراب المدد وشريعة الله – المرجع السابق – ص٢٦) .

(٣) عيون الأخبار – لإبن قتيبة الدينورى.

(٤) رد المحتار على الدر المختار – لإبن عابدين – جزء ٤ – المرجع السابق .

– ومن الأسئلة التى وجهت لطالبى القضاء أيضًا والتى نقلتها كتب الفقه الإسلامى ، ما يلى :

– تزوج رجل إمرأة – وزوج إبنه أمها ، ما قرابة ما بين أولادهما ؟ الإجابة ، أحدهما عم الآخر ، والآخر خاله .

– ماذا تقول فى إنسان له قبل وذكر ، ولا يدرى كيف يورث الإجابة : يلصق بالجدار ، فإن بال عليه فهو ذكر ، وإن بال فى رجليه فهو أنثى (١) .

مرتبات القضاة :

٢٩– تناول الفقهاء المسلمون بأسهاب كيفية الإحتفاظ لرجل القضاء بكرامته ومروءته وإستقلاله وما يضمن له السعة فى الرزق وعلو المنزلة(٢)– وأظهر كتاب فى هذا الشأن ذلك الذى وجهه الإمام على – رضى الله عنه – إلى عامله فى مصر مفوضاً إياه فى إختيار القاضى وقد قال فيه : « ثم إختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ... ممن لا تشرف نفسه على طمع ... أفسح له فى البذل ما يزيل علته ، وتقل معه حاجته إلى الناس . وأعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ، فليأمن بذلك إغتيال الرجال له عندك ... » (٣) .

وكانت راتب القاضى فى الإسلام تصرف من بيت المال فى صورة بلغت مائتى درهم فى الشهر ، ومن الطعوم ما لا يحتاج معه إلى غيره . وقد يزيد إذا دعت الحاجة إلى مزيد (٤) .

وغاية القول أن عمر بن الخطاب أول من رتب أرزاق القضاة (مرتباتهم)

---

(١) القضاء والمحاماة فى كتاب الله – الأستاذ حسن عبد الجواد – المرجع السابق – المحاماة – السنة ٤٠ – العدد ١٠ – ص ١٨٨٥ و ١٨٨٦ .

(٢) العمل القضائى فى القانون المقارن – للدكتور القطب محمد طبلية – المرجع السابق – ص٩٣ .

(٣) وعلى الرغم من أن الإمام على كان معروفًا بالزهد والقناعة فقد رتب لقاضيه شريح خمسمائة درهم فى كل شهر بحيث يكون راتبه فى العام ستة آلاف درهم .

(٤) المختارات الفتحية – للشيخ أحمد أبو الفتح – المرجع السابق – ص٨٢ .

فجعل للقاضي سليمان بن ربيعة الباهلي خمسمائة درهم في كل شهر ، ورتب لشريح مائة في كل شهر أيضاً .

أما الإمام علي بن أبي طالب فقد رتب لشريح خمسمائة درهم في كل شهر فيكون راتبه في العام ستة آلاف درهم ، بينما كان الإمام علي نفسه يكتفي بقصعة ثريد في كل يوم من بيت المال .

وكان عبد الرحمن حجيرة الحولاني قاضي مصر في زمن واليها عبد العزيز بن مروان يجمع بين ولاية القضاء وبين ولاية بيت المال والقصص ، فكان يرزق على القضاء مائتا دينار وعلى القصص مائتا دينار أخرى وعلى بيت المال مثل كذلك ، وكان عطاؤه مائتي دينار وجائزته كذلك . فكان يأخذ في العام ألف دينار . وجاء في تاريخ الكندي : « وفيما وجدت في ديوان بني أمية براءة زمن مروان بن محمد فيها : (بسم الله الرحمن الرحيم - من عيسى بن أبي عطاء إلى خزان بيت المال ، فأعطوا عبد الرحمن بن سالم القاضي رزقه لشهر ربيع الأول وربيع الآخر سنة إحدى وثلاثين ومائة : عشرين ديناراً . واكتبوا بذلك البراءة - وكتب يوم الأربعاء لليلة خلت من ربيع الأول سنة إحدى وثلاثين ومائة) .

ويعقب القاضي محمود عرنوس على ذلك قائلاً : « إن التوسعة على القضاة في أرزاقهم كانت مبدأ عاماً من يوم أن وجدت الأرزاق في الدواوين ، ويظهر أنها كانت تصرف مقدمًا ، كما يعلم من البراءة التي رواها الكندي(١) .

وبعد :

٣٠- فلا يسعنا إلا أن نختم هذا الفصل بما أورده الإمام علاء الدين الطرابلسي في كتابه (معين الحكام) عن القضاء ، حيث قال:

« إن علم القضاء من أجل العلوم قدراً ، وأعزها مكاناً ، وأشرفها ذكراً. لأنه مقام علي ، ومنصب به الدماء تعصم وتسفح ، والأبضاع تحرم وتنكح

---

(١) تاريخ القضاء في الإسلام - للقاضي محمود عرنوس - المرجع السابق - ص٢٠.

والأموال يثبت ملكها ويسلب ، والمعاملات يعلم ما يجوز فيها ويحرم ويندب » .

والقاضى لا يصانع ، ويضارع ، ولا يتبع المطامع .

وبما قاله عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – فى القاضى :

وعن أبى ذر قال ، قلت : يا رسول الله إلا تستعملنى (أى تولينى القضاء) ، قال ضرب بيده على منكبى ثم قال : « يا أبا ذر إنك ضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزى وندامة . إلا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها » . فمن كان ضعيفًا لا يصلح لتولى القضاء بين المسلمين(١) .

---

(١) وحكى الإمام الجاحظ فى كتابه (البيان والتبيين) إن عمر بن الخطاب – وهو الذى ولى أبا موسى الأشعرى القضاء – ترامت إليه الأنباء بأن أبا موسى يصدر فى أحيان قضاءه وهو منحرف عن الحجة وقد أعوزته الحجة ، فكتب إليه عمر يقول له: « يا أبا موسى بلغنى أنك وأنت على دين موفور ، وعقل راجح وبديهة خصبة يضل بك المسلك عن إصابة الحجة ، فلا عليك من شيء ما دمت قد أخلصت له ترسمك مواقع الصواب وتحريك مدارج العلم وإنتهاجك منهج أسلافنا الصالحين . ياأبا موسى إن القضاة إن أرادوا عدلاً ، وفصلوا بين الخصوم فصلاً ، فزحزحوا فى الحكم منهم جهلاً ، كانوا كمثل الغيث أصاب محلاً » – ويقول الشيخ محمد عبده فى كتابه (الإسلام والنصرانية) إنه : « ليس على القاضى فى خطئه إذا خلص النية تعقيب ، فهو بشر قبل كل شيء ، إنما عليه المأخذ تأخذه بالنواصى والأقدام ، إذا إنزلق فى مزالق الهوى ، وأحاطت بعنقه الشبهات ، فالقاضى المتحرر من قيود النصوص ، وأعباء المراجع التى تحد من إدراكه وتقديره للواقعات غير مسبق على كتاب يصرفه عن تكوين رأى أو تأسيس نظر هو قاضينا ، وهو مجتهدنا ، إذن فاعطنى قاضياً ، ولا تعطنى قانوناً » .

الباب الثانى

القضاء الشرعى

ودواعى إلغائه توحيداً للقضاء

الفرع الأول

نظام القضاء فى مصر فى عهد

خليفة نابليون بونابرت

٣١- كشف نظام القضاء فى مصر - وكان كله قضاء شرعياً بطبيعة الحال . كتاب موجه من (قاضى عسكر مصر المحروسة) [١] إلى خليفة نابليون بونابرت ، وقد إكتشف هذا الكتاب من مخطوطات دار الكتب القاضى الشرعى محمود عرنوس صاحب كتاب (تاريخ القضاء فى الإسلام) .

هذا الكتاب يتضمن بيانًا بالمحاكم والقضاة والدرجات القضائية ونظام العمل القضائى . وعنه يعرف إلى أى مدى من التطور وصل العمل القضائى فى الوقت الحاضر فى بلادنا .

(١) نشر نص هذا الكتاب بجريدة «المقطم» - العدد ١٣٦٦٠ ، وبمجلة المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٥ و ٦ - ص٢٩٩ وما بعدها . كما نشر بالطبعة الثانية من (أصول المرافعات الشرعية) ص٥٩ وما بعدها .

الفرع الثانى

القضاء الشرعى فى الإقليم المصرى

٣٢- كان القاضى الشرعى فى الإقليم المصرى (١) يختص بالنظر فى جميع المسائل والمنازعات ، سواء منها ما تعلق بالمعاملات أو الحدود أو الأحوال الشخصية أو المسائل العامة أو السياسية ، إختصاصًا بعيد المدى ، يشمل كل شيء ، ويمتد إلى غير ما حد (٢) .

ومنذ أدخلت مصر فى حوزة الأتراك والقضاء الشرعى محصور فى الحنفية لأن المذهب الحنفى كان مذهب العثمانيين ، لإشتمال هذا

---

(١) وكانت المحاكم الشرعية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، ولو أنها كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وفق أحد المذاهب الأربعة لهان الأمر ، لكنها كانت تولى قضاة من المذاهب الأربعة فكانت الأحكام تصدر تارة بحسب مذهب الإمام أبى حنيفة ، الأخرى وفق مذهب الإمام الشافعى ، وأونة طبق مذهب الإمام مالك، وأخرى بحسب مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وكان شيخ الإسلام تارة شافعى المذهب وتارة حنفى المذهب (يراجع بحث « التشريع والقضاء قبل إنشاء المحاكم الأهلية » - للأستاذ عزيز خانكى المحامى - الكتاب الذهبى للمحاكم الأهلية - ١٩٣٣- ص٦٢) .

(٢) كان القضاء الشرعى فى الماضى البعيد يتعدد بتعدد المذاهب ومعتنقيها ، فقد كان لكل مذهب من المذاهب الأربعة قاضى يقضى بحسب نصوص مذهبه تبعاً لمذهب المتقاضين ، وكان هذا النظام سائداً فى الديار المصرية ، لأنه يحقق رغبات المتقاضين المختلفة وينشد الطمأنينة الشاملة فى نفوس المتقاضين ، وتظل الحال كذلك إلى أن إستولى السلطان سليم على مصر عام ١٩٢٣ فوحد القضاء فى ذلك التاريخ وقصره على مذهب أبى حنيفة بحكم أن المذهب الحنفى هو مذهب السيادة العثمانية (راجع بحث « القضاء الشرعى والقضاء الملى فى مصر قديماً وحديثاً » - للأستاذ عباس طه المحامى - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٢٢ - الجزء ٣ و ٤ - ص١٢٧) ، وبحثه : القضاء فى عصوره المختلفة - المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ١ و ٢ و ٤ - ص٣ وما بعدها ، وإلغاء المحاكم الشرعية - للأستاذ محمد البربرى المحامى - المحاماة الشرعية السنة ٨- العدد ٧ و ٨و ٩و ١٠ - ص٩ وما بعدها - العدد ١- ص٣ وما بعدها .

المذهب على إعتبارات فقهية تلائم المسئولين فى البلاد العثمانية (١) .

وكان من أثر تبعية مصر للدولة العلية ما أنشأته تلك الدولة من نظام قضائى حديث يتناول إنشاء المحاكم الشرعية . ومحاكم الحقوق (المحاكم المدنية) وجميع الأحكام الفقهية فى مجلة الأحكام العدلية .

وعلى هذا يمكن القول بأن المحاكم الشرعية كانت هى الأصل (٢) – فى الإقليم المصرى – تختص بالنظر فى جميع الخصومات والحكم فى جميع المنازعات أياً كان نوعها وأياً كان أصحاب الشأن فيها ، دون بحث عن جنسية الخصوم ، ودون تمييز بين المعاملات المدنية ومسائل الأحوال الشخصية ومواد القصاص والتعزير .

---

(١) ويسعدنى أن أنقل من مضبطة مجلس النواب – الجلسة ٦٣ – يوم الثلاثاء ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ ، ما قاله أحد النواب تعقيباً على تصريح وزير العدل فى ذلك الوقت عن كادر للقضاء الشرعى ، من تكريم للقضاء الشرعى . قال « أن تعمل على أن يحتفظ القضاء الشرعى بما كان له فى نفوس أسلافنا الأولين ، من مكانة سليمة ، ومنزلة عالية : وأن يكون رجاله كما كانوا فى الصف الأول ، محتمين بإحترام الأمة وعظيم تقديرها ، ذلك لأن القضاء الشرعى مرجعه ، كما تعلمون ، الشريعة الغراء التى هى كاملة وكافلة لجميع مصالح البشر على أساس العدل والمساواة بين جميع الناس ، لا فرق بين مسلم وغير مسلم ، ولا بين غنى وفقير، ولا بين أمير وخفير . أن صلاحية المحاكم الشرعية الفصل فى جميع الخصوم ، سواء أكانت مدنية أو جنائية أو غير ذلك ، أمر لا ينكره إلا كل مكابر ، فهى تصلح لذلك بمقتضى وضعها الأصلى الشرعى القانونى ، وإنها وإن كانت إختصاصاتها قد قصرت على وضعها الحالى ، فإن هذا لا يقلل من أهميتها ، لأنها ما زالت تنظر فى مسائل هامة ، تنطق بالحياة الإجتماعية والإقتصادية ، فهى تنظر فى قضايا الزواج والطلاق وأمرها معلوم وشأنها خطير . كما تنظر فى قضايا الوقف ، والوقف كما تعلمون مسألة إقتصادية كبيرة ، وإدارة عامة للخير ، والإصلاح وهى تنظر أيضاً فى مسائل المواريث وبين من يستحق ومن لا يستحق فى تركة المتوفى من أقاربه .. » .

(٢) هذا ، والقضاء فى إمارة رأس الخيمة دولة الإمارات العربية المتحدة ، هو قضاء شرعى القاضى الشرعى فيه صاحب الولاية العامة ، يتولى النظر فى جميع المواد المدنية (حقوق شرعى) والتجارية ، والأحوال الشخصية ، والجنائية ، وما زالت العقوبات : الحبس والجلد والأبعاد (بالنسبة للوافدين) وأن التنفيذ فى المواد المدنية يقوم على حبس المدين القادر على دفع ما عليه من دين أو يقدم كفيلاً مقتدراً .

ولكن هذا الإختصاص الواسع الشامل أخذ فى الإضمحلال شيئاً فشيئاً خصوصاً بعد إنشاء المحاكم الأهلية - على ما سنرى - بحيث أصبح القضاء الشرعى من قبيل المحاكم الإستثنائية ، بعد أن كان الذى لا ينافسه قضاء(١) .

وحاصل القول أن المحاكم الشرعية أصبحت منذ سنة ١٨٨٣ مختصة بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية .

ذلك أنه منذ تولى محمد على باشا حكم مصر ، أنشأ مجالس عديدة إلى جوار المحاكم الشرعية إنتزعت كثيراً من إختصاصها ، كمجالس أقلام الدعاوى (وتختص بالنظر فى الدعوى المدنية التى لا تتجاوز قيمتها ١٥٠٠ قرشًا ، ومجلس دعاوى البلد فى المدن الصغيرة ويختص بالنظر فى الدعاوى المدنية التى لا تتجاوز قيمتها ٥٠٠ قرشًا » وببعض المسائل الزراعية ، والمجالس المركزية ، وتنظر الدعاوى المستأنفة من مجلس دعاوى البلد وتقضى إبتدائياً فى الدعاوى المدنية التى تزيد قيمتها على ٥٠٠ قرشاً، والمجالس الإبتدائية فى عواصم المديريات والمحافظات ، وتنظر فى الدعاوى الجنائية والدعاوى المدنية التى تزيد قيمتها على ٢٥٠ قرشًا ، ومجالس الإستئناف وتنظر فى الأحكام الصادرة من المجالس الإبتدائية ، ومجلس الأحكام فى القاهرة ، وتنظر فى أحكام مجالس الإستئناف ، ومجلس التجارة ، ومجلس مشيخة البلد .

٣٣- إن الأصل أن يتولى القضاء فى بلد أهله ، وأن تحتوى مساحة القضاء فيه كافة القاطنين به دون قيد أو حد أو تمييز - ولكن الأمر فى الإقليم المصرى كان على خلاف هذا الأصل ، فلم يكن القضاء فيه باسطاً يده على السكان أجمعين ، كما لم تكن حكومة البلاد مستقلة بالتشريع متصرفة فى شئونه ، وهذا راجع إلى ما إصطلح على تسميته بالإمتيازات الأجنبية (٢) .

---

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السعيد - المرجع السابق - ص٩٨ .

(٢) بحث ، أثر الإمتيازات الأجنبية فى القضاء والتشريع فى مصر - الأستاذ عبد الحميد بدوى - الكتاب الذهبى للمحاكم الأهلية - ص١ .

وعلى حين أن الولاية القضائية فى معظم البلاد واحدة لا تتعدد ، فقد كانت الجهات القضائية فى الإقليم المصرى متعددة طبقاً لمعاهدات وتقاليد وعادات ، وأدى ذلك بالتالى إلى تعدد القوانين التى تطبقها تلك الجهات (١) .

وفى ٢٨ يونية سنة ١٨٥٧ إفتتح الخديوى إسماعيل فى حفلة رسمية بسراى رأس التين المحاكم المختلطة ، وأناط بقضائها مهمة توزيع العدالة بين المصريين والأجانب .

ثم ألغيت الإمتيازات الأجنبية فى ٧ مايو سنة ١٩٣٧ ، وبدأت فترة إنتقال لمدة إثنى عشر عامًا تبدأ من أكتوبر سنة ١٩٣٧ تلغى بعدها المحاكم المختلطة (٢) .

وأنشئت المحاكم الأهلية فى ١٤ يونية سنة ١٨٨٣ على أنقاض المجالس القديمة ، وافتتحت فى بلاد الوجه البحرى ، ثم افتتحت فى بلاد الوجه القبلى فى عام ١٨٨٩ .

وقد انتزعت هذه المحاكم الجديدة (من مختلطة وأهلية) كثيراً مما كانت المحاكم الشرعية تختص بنظره ، بل أنها كانت تتصدى للنظر فى مسائل الوقف والأحوال الشخصية فى كثير من الأحيان (٣) . فعلى الرغم من أن المحاكم الشرعية كانت المحاكم العامة فى كل المواد بالنسبة لكل من كانت تظلهم أرض الكنانة ، لكن الإتفاقيات السياسية من جانب والتسامح الدينى (٤) من جانب آخر أديا إلى تضاؤل إختصاصها حتى صار غير

---

(١) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – المرجع السابق – ص٤٤ .

(٢) القضاء والمحاماة الوطنيان – مقال – الأستاذ المرحوم محمد صبرى أبو علم – المحاماة – السنة ٣٢– ص٦٤٩ .

(٣) تاريخ القضاء فى الإسلام – القاضى محمود عرنوس – المرجع السابق – ص١٩٩.

(٤) تاريخ القضاء فى الإسلام – للقاضى محمود عرنوس –المرجع السابق – ص٢٠٠، والوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية – للدكتور عبد المنعم الشرقاوى – طبعة ١٩٥١ – ص١٨١ وما بعدها ، وقارن : الوسيط فى المرافعات المدنية – للدكتور رمزى سيف – طبعة ٨–١٩٦٨ /١٩٦٩ – ص٣٢ ، وبحث : القضاء الشرعى=

متناول إلا قدراً من مسائل الأحوال الشخصية ، فنقص من إختصاصها القدر الذى زيد فى إختصاص المحاكم المختلطة والأهلية .

٣٤- وصدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها لتنظيم القضاء الشرعى عام ١٨٨٠ ثم عام ١٨٩٧ وعدلت عام ١٩٠٩و١٩١٠، ثم عدلت تعديلاً جوهرياً فى ٣٠مايو سنة ١٩٣١ حيث صدرت لائحة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تتضمن ستة كتب : الأول - فى ترتيب المحاكم الشرعية وتشكيلها ، والثانى - فى إختصاص المحاكم الشرعية ، والثالث - فى إنتخاب القضاة الشرعيين وتعيينهم ، وندبهم وتأديبهم ، والرابع - فى إجراءات التقاضى والأحكام وطرق الطعن فيها ، والخامس - فى تنفيذ الأحكام والسادس - فى تحقيق الوفاة والوراثة والإشهادات والتسجيل .

وتصدر الأحكام طبقًا للمدون فى لائحتها ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر طبقًا لتلك القواعد (م٢٨٠ من اللائحة الشرعية) (١) - كما صدرت عدة قوانين بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية ، منها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٣٥- وثار خلاف حول معنى **الأحوال الشخصية** . هل يقصد به معنى شرعى ، أو لغوى ، أو معنى إصطلاحى قانونى - وقد عرفتها محكمة النقض (٢) بقولها :

« المقصود بالأحوال الشخصية مجموعة ما يتميز به الإنسان عن

=والقضاء القانونى بين عهدين - الأستاذ عباس طه المحامى - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢ و ٣ - ص٨ وما بعدها .

(١) الوجيز فى المرافعات - للدكتور عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق - ص١٨٢ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٣٤/٦/٢١ مجموعة القواعد القانونية - فى٢٥ عام - الجزء ١- مدنى - ص٤٥٤ ، ومقال : المقصود بالأحوال الشخصية - للمحامى العام أحمد خيرت - مجلة القضاة - العدد ٨ - سبتمبر ١٩٧٣ - ص٦١ وما بعدها .

غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونياً فى حياته الإجتماعية ، ككون الإنسان ذكر أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً او اباً شرعياً أو إبناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذا فالموقف والوصية والنفقات على إختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية ، غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والوصية من عقود التبرعات التى تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب إلى ديانة (فالجاه) هذا إلى إعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التى ليس فى نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصراً دينياً فى تقرير حكمها » .

ويرى البعض (١) أن معني الأحوال الشخصية الواردة فى المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ سواء بالنسبة للمصريين والأجانب .

وقد إستبدلت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بالقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ بالنص التالى :

« تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية وجميع الجرائم إلا ما إستثنى بنص خاص » .

٣٦- وكانت فترة الإنتقال التى حددتها إتفاقية إلغاء الإمتيازات الأجنبية ومدتها إثنتا عشر عاماً (من ١٩٢٧/١/١٥ إلى ١٩٤٩/١٠/١٤) فترة دقيقة فى تاريخ مصر القضائى والسياسى ، فلم تكن جهات القضاء متعددة فى بلد من بلاد العالم بمثل ما كان عليه الحال فى مصر ، وكان طبيعياً - حتى تستكمل البلاد أسباب إستقلالها وسيادتها - أن تفرض سلطان قوانينها على كل من تظله أرض الكنانة سواء أكانوا أجانب أم مصريين ،

---

(١) الوجيز فى المرافعات - للدكتور عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق ص١٨١ .

وأعد فى نهاية هذه الفترة القانون المدنى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وقانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ لكى تسرى أحكامها فور إنتهاء فترة الإنتقال وينص القانون المدنى فى مادته الأولى على إعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون ، حيث تقول : « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فحواها - فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وقد جاء بالأعمال التحضيرية لهذه المادة (١) مايلى : « ... بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التى إستند إليها المشروع ، وقد إستمد منها كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية - وقبل هذا وذاك أدخل المشروع فى شأن الشريعة الإسلامية تحديداً خطيراً، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، إذا لم يجد القاضى نصًا تشريعياً يمكن تطبيقه ، والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ، فيرجع القضاء إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأقضية ، وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء. لا سيما إذا لوحظ أن ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضًا يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أم لم يوجد ، فإن للقاضى فى أحكامه بين اثنتين : إما أن يطبق أحكامًا لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ، وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها ، وأهم ما إقتبسه من النظريات العامة هو هذه النزعة المادية أو الموضوعية التى تميز الفقه الإسلامى ، كما أخذ بنظرية التعسف فى إستعمال الحق ، وبمسئولية عديم التمييز وبحوالة الدين ، وبمبدأ الحوادث

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ - ص٢٠ وما بعدها ، ويراجع كتابنا : (التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل - جزء ١- طبعة ١٩٧٨ - ص٢ حتى ص٢٠)

غير المتوقعة وهناك أحكام تفصيلية إقتبسها المشروع من الفقه الإسلامي (١) ، ويكفي هنا الإشارة إلى بعضها ، من ذلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ، والحكر ، وإيجار الأرض الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وإنقضاء الإيجار بموت المستأجر ، وفسخه بالعذر ، ووقوع الإبراء من الدين بإرادة منفردة . هذا ، إلى مسائل كثيرة أخرى سبق إقتبسها التقنين الحالي من الشريعة الإسلامية ، وجاراه المشروع في ذلك ، كبيع المريض مرض الموت ، والغبن ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في المبيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة . والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ، وبالحائط المشترك . ومدة التقادم . أما الأهلية والهبة ، والشفعة ، وأما المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد أعدت برمتها من الشريعة الإسلامية .. » .

وقال أحد أساتذة جامعة أكسفورد في كتابه (تراث الإسلام) : « إن فضل الشريعة الإسلامية على القوانين الأوربية عظيم لدرجة أننا أخذنا عن الشرع الإسلامي كثيراً من القوانين الخاصة بالمعاملات التجارية والشركات التجارية وفي مقدمتها النوع الذي نعتقد نحن أنه من الشريعة الإسلامية وهو شركات التوصية التي يسميها علماء الشريعة (شركات القراض) ..»(٢) .

والشريعة الإسلامية أسبق من غيرها أيضًا في التشريع البحري ، وذلك أن ريتشارد قلب الأسد عند عودته من الحروب الصليبية وقف في جزيرة في المحيط الأطلسي إسمها (أوليرو) ، وأمر من معه من الموثقين أن يدونوا جميع القواعد الخاصة بالتجارة والعادات البحرية التي نقلوها من العرب ، وقد دونت ..!! (٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – المرجع السابق – ص٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص١٠ .

(٣) إن الإسلام قد أدى رسالته نحو العقل والعلم كما ينبغي ، أن العلم الإسلامي العربي كان من الأسباب القوية لنهضة أوربا في العصور الوسطى . ولا يزال كشف العلماء المسلمون وما إخترعوه في سائر العلوم والمعرفة وبخاصة في=

بل لقد نص قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ فى المادة السابعة منه على أنه: « لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء » .

٣٧- كما تضمن قانون المرافعات كتاباً رابعًا بأحكام الأحوال الشخصية (١) محدداً القواعد التى تسرى على الأجانب فى منازعاتهم التى آل الفصل فيها إلى القضاء المدنى (م٨٥٠ مرافعات) وقد جاء بهذا النص : «تختص المحاكم المدنية المصرية بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب ..» (٢) .

ويضع العالمان الفرنسيان أوبرى ، ورو - معياراً للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال المدنية - بالرجوع فى ذلك إلى طبيعة المسائل .

=الطبيعة والكيمياء والفلك والصيدلة والطب والجراحة ، موضع الإعجاب والفخر على مر الزمان ، ولا يزال حتى اليوم مقدراً كل التقدير من المصريين (الإسلام وحاجة الإنسان إليه - للدكتور محمد يوسف موسى - ص٤١) .

(١) يراد بالأحوال الشخصية المركز القانونى للأشخاص فى الأسرة . ويقابلها الأحوال العينية وهى المركز القانونى للأموال - والأحوال الشخصية إنما تدخل عندهم فى باب المعاملات وهذا الإصطلاح وليد التشريعات الوضعية - ونطاق الأحوال الشخصية فى التشريعات الوضعية يختلف إختلافًا كبيراً بين دولة وأخرى ، فكلمة الأحوال الشخصية فى فرنسا تقتصر على الحالة والأهلية العامة للشخص ، بينما تتسع فى إيطاليا حتى الميراث والوصية والهبة - وقد كان وضع مقياس للتفرقة بين ما يدخل فى الأحوال الشخصية وما يدخل فى الأحوال العينية فى التشريع المصرى أكثر صعوبة (منازعات الأحوال الشخصية - للأستاذ نصيف زكى المحامى - بحث - المحاماة - السنة ٣٦- العدد ٩- ص١٤٠٩) ، وانظر أيضاً : شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص١٠٠و١٥١ ، وبحث المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية - لأستاذنا الكبير حامد زكى ونفع الله بعلمه أجيال العرب - مجلة القانون والإقتصاد - السنة ٤- العدد ٧ - ص٢٨٧ وما بعدها ، وهو يرى أن تعدد الهيئات القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية كارثة على العدالة وعلى المتقاضين وعلى الدولة ، وأن من الأوفق العمل على توحيد الإختصاص بالنسبة لجميع المصريين بغض النظر عن ديانتهم .. وأن المحاكم الأهلية قادرة على الفصل فى مسائل الأحوال الشخصية .

(٢) Aubry et Rau, 1, p 137.not 17 .

الفرع الثالث

دواعى إلغاء القضاء الشرعى بالإقليم المصرى توحيداً للقضاء

١- مراحل توحيد جهات القضاء :

٣٨- إن سيادة الدولة على رعاياها والمقيمين بها لم تكن كاملة وجهات الأحوال الشخصية متعددة ومتشعبة ، وقد أدى تشعبها إلى تعقيد الإجراءات والإضرار بالمتقاضين الذين راحوا يستعدون هذه الجهات القضائية المتعددة بعضها على بعض (١) .

بل أن توزيع القضاء على هذه الجهات المتعددة ، وتجزئته ، مضر بالنظام العام ومجحف بحقوق البلاد ، ومنتقص لسيادتها ، وفيه مساس بكرامة القضاء ناشىء عن إحتمال تضارب الأحكام (٢) .

وكانت ظاهرة تعدد جهات القضاء تلك شىء لا نظير له فى البلاد ذات النظم القضائية الراقية ، بحيث كانت ولاية القضاء مقطعة الأوصال تتقاسمها جهات قضائية مختلفة تختص كل واحدة منها بنوع من المنازعات أو بالنسبة لطائفة من المتقاضين (٣) .

٣٩- ولما كانت هذه الظاهرة شاذة وغريبة ، وفريدة ، فقد حدا الأمر إلى توحيد جهات القضاء المصرى ، ومرت إجراءات التوحيد بالمراحل التالية:

---

(١) المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين – للقاضى أنور العمروسى – المرجع السابق – ص٦٤ .

(٢) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – المرجع السابق – ص٨٤ .

(٣) الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية – للدكتور رمزى سيف – المرجع السابق – ص٣٧ .

المرحلة الأولى : وهى المرحلة السابقة على إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ – وقد رأينا فيما تقدم أن المحاكم الشرعية كانت خلالها صاحبة الولاية العامة ، ثم شاركتها تدريجيًا ، وشيئًا فشيئًا جهات أخرى هى المحاكم الملية ، والمحاكم القنصلية ، ومجالس الأحكام بالإضافة لما كان مقرراً لرجال الإدارة من سلطة الفصل فى المنازعات .

ولم تكن حدود إختصاص كل جهة من تلك الجهات القضائية واضحة ، ولذلك قيل إنه لم يكن فى الإقليم المصرى نظام قضائى ، بل كانت هناك فوضى قضائية ضاعت فى ثناياها الحقوق ، وفقد العدل (١) .

المرحلة الثانية : وهى المرحلة التى تبدأ من إنشاء المحاكم المختلطة حتى إلغائها أى من يوم ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وخلال تلك الفترة كانت تتولى العمل القضائى ست جهات قضائية هى : المحاكم الشرعية ، والمحاكم الملية ، والمحاكم القنصلية ، والمحاكم المختلطة ، والمحاكم الأهلية ، والمجالس الحسبية ، ومجالس البلاط ، وفى هذه الفترة عقدت معاهدة مونترو فى عام ١٩٣٧ بين مصر والبلاد صاحبة الإمتيازات ، وألغيت المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة بعد فترة الإنتقال كما سبق القول ، يحال بعدها إختصاصها إلى المحاكم العادية (الوطنية) ، ثم صدر بعد ذلك قانون المحاكم الحسبية الذى عمل به إبتداء من أول يناير سنة ١٩٤٨ ، كذلك أنشىء مجلس الدولة والقضاء الإدارى خلالها .

المرحلة الثالثة : وهى المرحلة التالية لإلغاء المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية حتى إلغاء المحاكم الشرعية والملية ، أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، وفى خلال هذه الفترة ألغى النظام الملكى الفاسد وأقيمت الجمهورية فى ١٨ يونية سنة ١٩٥٢ ، وألغيت مجالس البلاط ، ولما كانت ثورة يوليو الخالدة قد قامت فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ لإصلاح الفساد فى شتى نواحيه فكان إصلاح مرفق القضاء بتيسير

---

(١) الوسيط فى شرح قانون المرافعات – للدكتور رمزى سيف – المرجع السابق – ص٣٨ ، والقضاء الموحد فى مصر – بحث للأستاذ عباس طه المحامى – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤– العدد ١ و ٢ و ٣ – ص ٨ وما بعدها .

سبل التقاضى لجميع المواطنين دون تحيز أو تفريق ، فأصدرت حكومة الثورة فى ١٢ سبتمبر سنة ١٩٥٥ القوانين رقما ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ و ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بتعديل قانون نظام القضاء وإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، كما أصدرت فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ القوانين ٦٢٤ لسنة ١٩٥٥و ٦٢٥ لسنة ١٩٥٥ و٦٢٦ لسنة ١٩٥٥و٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم الرسوم والتنفيذ والمرافعات والمحامين ورجال القضاء الشرعى ، بعد أن عقد الإختصاص بنظر القضايا التى كانت ترفع على المحاكم الملغاة إلى دوائر الأحوال الشخصية بالمحاكم المدنية إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦(م٩ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

المرحلة الرابعة : وهى المرحلة التى تبدأ منذ إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، أى من أول يناير سنة ١٩٥٦ حتى الآن .. وبعد الآن .. وفى خلال هذه الفترة لم يعد هناك سوى جهتان قضائيتان هما : المحاكم صاحبة الولاية العامة للنظر فى جميع قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين (مسلمين وغير مسلمين) والأجانب والمنازعات المدنية والتجارية والإجتماعية والمالية والجنائية ، وجهة القضاء الإدارى . وفى هذه الفترة تلاشت مظاهر تعدد الجهات القضائية .

٣- دواعى إلغاء المحاكم الشرعية والملية :

٤٠- وقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥- بحق - عن دواعى إلغاء المحاكم الشرعية والملية ، حيث قالت :

« تقضى قواعد القانون العام أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها كما تقضى بأن يخضع جميع السكان على إختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة ، بصرف النظر عن نوع المسائل التى تتناولها خصوماتهم أو القوانين التى تطبق عليها .

ولكن الحال فى مصر على عكس ذلك ، فجهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم بقيت متعددة ، وكل جهة تطبق قوانينها وتتبع إجراءاتها الخاصة بغير أن يكون هناك صلة تربطها أو هيئة عليا تشرف على قضائها رغم أن الدولة قد إستردت سلطانها القضائى بالنسبة للأجانب ، فأصبحت المحاكم الوطنية هى التى تقضى فى جميع

منازعاتهم حتى ما تعلق منها بأحوالهم الشخصية .

وقد ورثت مصر نظام تعدد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية عن الماضى . فقامت المحاكم الشرعية وقام إلى جانبها القضاء الملى ، ثم تعددت جهات القضاء الملى فأصبح لكل طائفة قضاؤها الخاص وقوانينها الموضوعية الخاصة وإجراءاتها الخاصة مما أدى إلى الفوضى والإضرار بالمتقاضين حيث إستتبع تعدد جهات القضاء رغبة كل جهة فى توسيع دائرة إختصاصها والإعتداء على سلطة غيرها خصوصاً مع عدم وجود حدود دقيقة أو ثابتة لإختصاص كل منها فإن المرجع العام فى تحديد ولاية محاكم الطوائف هو أحكام الخط الهمايونى الصادر فى تركيا سنة ١٨٥٦ وأحكام بعض النظامات أو التحريرات السابقة أو اللاحقة وكلها آثار تشريعية عثمانية نفذت فى مصر ، ولم تكن هذه الاثار التشريعية فى صياغتها وتفسيرها وليدة حرص على توخى الوضوح والأحكام وإنما كانت فى حقيقتها ثمرة تجهيل إقتضته ظروف السياسة .

وقد إستتبع هذا التجهيل تنازع المحاكم فيما بينها وتعدد الأحكام التى تصدر فى النزاع الواحد وفى المتقاضون يستعدون محكمة على أخرى وظل مصير الحقوق رهيناً بهوى الظروف يتحكم فيه لدى الخصومة وهكذا تكدست الأحكام المتناقضة بالمئات تلتمس مخرجاً إلى التنفيذ ولا مخرج .

وكان من الطبيعى بعد أن ألغيت الإمتيازات التى كان يتمتع بها بعض رعايا الدول الأجنبية وبعد أن أصبح هؤلاء يخضعون لنظم التقاضى العادية أمام المحاكم الوطنية – ألا يبقى فى البلاد أى أثر لنظام إستثنائى يحد من سلطان الحكومة وسيادتها بالنسبة لبعض الوطنيين .

وإنه من الشذوذ بمكان أن يظل الوطنيون من المنتمين إلى الطوائف الملية غير الإسلامية محتفظين بإستثناءات قضائية فى كثير من الحالات عنواناً على الفوضى وعدم النظام .

والحق أن قضاء الأحوال الشخصية القائم الآن (١) يقصر عن الإستجابة لمطالب المتقاضين .

---

(١) أى الذى كان قائماً وقت صدور القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، وهو القانون الذى عرف بقانون توحيد القضاء .

وليس يتفق مع السيادة القومية فى شىء أن تصدر أحكام فى ألصق المسائل بذات الإنسان من جهات قضائية غير مسئولة ولا مختارة من جانب الحكومة أو أن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف التى يرفع الطعن فى أحكامها إلى محكمة روما - وليس أقل من كل أولئك مساسًا بالسيادة أن يلى القضاء فى بعض المجالس الطائفية أجانب لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، فقد إستفاضت الشكوى من رجال قضاء الأحوال الشخصية ، وندد بها المتقاضون منوهين بوجه خاص بإنتفاء الحد الأدنى من عوامل التيسير وضمانات التقاضى . فللطوائف غير الإسلامية أربعة عشر مجلساً بعضها لا ينعقد للقضاء إلا فى فترات متباعدة أو فى أمكنة بعيدة عن محل إقامة المتقاضين - وفى ذلك من العنت والإرهاق مما يجعل التقاضى عسيراً على بعض الناس والقواعد الموضوعية التى طبقها أكثر المجالس فيما يطرح عليها من الأقضية غير مدونة وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية ، وشرح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين .

والقواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم الطائفية وإجراءات الترافع ونظر الدعاوى وتحرير الأحكام وطرق الطعن فيها لا تنتظمها وحدة ، ولا يتوافر لها الإستقرار ونفقات التقاضى لا تنهج فيها المجالس منهجًا واحداً ، بل أن الكثير منها ليس له نظام ما فى هذا الشأن - وليس لأكثر هذه المجالس أقلام كتاب منظمة تعينها على أداء مهمتها ، وما من شك فى أن تلك الحالة تدعو إلى تزعزع الثقة بأحكام القضاء من المتقاضين .

أمام هذا الموقف الذى يكتنفه الشذوذ من كل جانب وأمام تلك الفوضى التى إستفحلت آثارها تعددت محاولات الإصلاح فى الماضى ، رغم أنها كانت جزئية ومحدودة ، إلا أنه لم يكتب لها النجاح بسبب ما قام وقتئذ من عقبات

-وبقيت هذه الحالة إلى اليوم - وليس لها من ضحايا إلا المتقاضون أنفسهم وسيادة البلاد .

ولما كانت الثورة قد قامت لتحقيق أهداف البلاد فى الإصلاح والقضاء على الفساد فى شتى نواحيه ، فإن العقبات المتقدمة ما كانت لترد الحكومة عن اداء واجباتها وإقامة صرح القضاء وهى مطالبة بتوفير سبل التقاضى لجميع رعاياها دون تفريق أو تحيز ، ولهم قبلها ما يقتضيها للنهوض بأعباء الإصلاح ولو لم يصادف هوى البعض - وليس لحكومة أن تسلم بوجود هيئات قضائية داخل الدولة تملى عليها إرادتها أو تناهض سياسة الإصلاح فيها أو تتحكم فى طرق الإصلاح .

لذلك رأت الحكومة لزامًا عليها إزاء ما هو مشهود من عيوب نظام القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية أن تعالج الأمر علاجاً يحسم أسباب الشكوى ، ويبسط ظل الإصلاح بتوحيد نظام القضاء والمحافظة على الحقوق وصيانتها وتوزيع العدالة توزيعًا يظفر بثقة المتقاضين ، ويضع حداً للحالة المتقدمة وهى تمس الإنسان فى أدق المشاعر ، والعائلات فى أدق العلاقات ، وتؤثر فى أخلاق الأفراد والأداة الإجتماعية .

من أجل ذلك عنيت الحكومة بوضع المشروع الحالى لتنظيم الإختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين على نحو يكفل توحيد جهة القضاء بالنسبة لهم جميعًا ، بجعل هذه المنازعات من إختصاص القضاء الوطنى - كما أن المشروع يكفل إحترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك أى إخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم .. » (١) .

إن ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى شأن دواعى وأسباب إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، توحيداً للقضاء ، فى غنى عن كل تعليق أو تعقيب ، وهى - من بعد -من الوضوح بحيث لا تحتاج إلى مزيد .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد القضاء .

الباب الثالث

قضاء الأحوال الشخصية فى الإقليم المصرى

٤١- قلنا أن تعدد جهات الأحوال الشخصية فى مصر ، وإنفصال أحكام الأحوال الشخصية فيها عن المجموعة المدنية كان طابعًا فريداً لم يصادف مثيلاً له فى بلد من بلدان العالم المتحضر ، وقد كان السبب فى ذلك كله راجعًا إلى الإمتيازات الأجنبية التى كانت تكبل المشرع بقيد ثقيل ، وتجثم على صدور المواطنين بما ميزت به الأجنبى ، ومن ثم فقد نشأت عن هذه الجهات المتعددة عيوب ومخاطر حملت للمتقاضين على الشكوى .

فلما ألغيت الإمتيازات الأجنبية ، ثم المحاكم القنصلية والمختلطة ، وتلاشت معها فكرة الصالح المختلط Interet mixte -1 وآل إلى المحاكم المدنية الفصل فى منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب (م٨٥٩ مرافعات) ، وكان تعدد جهات الأحوال الشخصية بين المصريين ما زال أمراً شاذاً ينتقص من سيادة الدولة ، وهى حالة إقتضت علاجًا ناجحاً يخفف عبء التقاضى على جمهور المتقاضين الذين كانوا يضجون بالشكوى من عيوب هذه الجهات .

فلما آلت إلى الشعب مقدراته ببزوغ ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ الخالدة ، وكان من بين أهدافها الإصلاح الداخلى الذى يشمل حتماً إصلاح مرفق القضاء والمحاكم ، أصبح المتقاضون يتطلعون إلى الثورة كى تحقق لهم أحلامهم حيال جهات الأحوال الشخصية المتعددة ، فصدرت القوانين ٤٦٢ و ٤٦١ و ٦٢٤ و ٦٢٥ و ٦٢٦و ٦٢٨ و ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء جهات الأحوال الشخصية للمصريين (مسلمين وغير مسلمين) وعقد الإختصاص بالمنازعات الناشئة عن الأحوال الشخصية لدوائر بالمحاكم المدنية، وتبين إجراءات المرافعات أمامها ، سواء بالإحالة إلى أحكام قانون المرافعات المدنية أو بالإبقاء على بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) ، وبشأن رجال القضاء

الشرعى وأعوان القضاء (المحامين والخبراء) والتوثيق .

٤٢- نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ - المعدل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء - على أنه :

يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ النص الآتى :

« تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » .

وكان نص المادة ١٢ من القانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ يقصر إختصاص المحاكم الوطنية فى مسائل الأحوال الشخصية على غير المصريين .

ورددت المادة ١٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٤ حكم المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المستحدثة ، وأكدته المادة المقابلة فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

وجاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وبإحالة الدعاوى التى تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية - فنصت المادة الأولى منه على أنه « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية إبتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لإستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة مع مراعاة القواعد الآتية (١) .

وتقضى المادة الثالثة من هذا القانون المذكور بأن ترفع الدعاوى التى

---

(١) وحاصل قواعد المرافعات ما نصت عليه المادة الثانية من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (المقابلة للمادة الرابعة من إصدار قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩) أن على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما لديها من دعاوى أصبحت من إختصاص محاكم أخرى بالحالة التى تكون عليها وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى - ولا تسرى هذه القواعد على الدعاوى التى تكون عند العمل بالقانون الجديد مؤجلة للنطق بالحكم ولو كان مصرحاً بتقديم مذكرات فإذا أعيدت للمرافعة وجبت إحالتها إلى المحكمة المختصة .

كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو التى كانت من إختصاص المجالس الملية إلى المحاكم الوطنية إبتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ .

تشكيل دوائر الأحوال الشخصية :

٤٣- نصت المادة الرابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه على أنه :

« تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزئية ، وإبتدائية ، وإستئنافية وفقاً لما هو منصوص عليه فى قانون نظام القضاء - لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية - وتصدر الأحكام من محكمة النقض فى القضايا المذكورة من دوائر الأحوال الشخصية ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بها » .

وتصدر الأحكام من محاكم الإستئناف فى القضايا المذكورة من ثلاث مستشارين يجوز أن يكون أحدهم من رجال القضاء الشرعى المعينين فى القضاء الوطنى بمقتضى هذا القانون ، ويكون فى درجة نائب أو عضو بالمحكمة العليا الشرعية أو من فى درجته .

وتصدر الأحكام فى المحاكم الإبتدائية من ثلاثة قضاة يجوز أن يكون أحدهم أو اثنان منهم من درجة رئيس أو نائب أو قاض من قضاة المحاكم الشرعية المعينين فى القضاء الوطنى بموجب هذا القانون .

ويجوز أن يتولى رئاسة المحكمة الجزئية عند نظر قضايا الأحوال الشخصية قاض من قضاة المحاكم الوطنية أو أحد القضاة من رجال القضاء الشرعى المعينين فى القضاء الوطنى بمقتضى هذا القانون (١) .

القانون الواجب التطبيق فى إجراءات الأحوال الشخصية :

٤٤- ونصت المادة ٥ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه:

---

(١) لقد قرر مشروع القانون نقل رجال القضاء الشرعى على إختلاف درجاتهم إلى القضاء الوطنى فى الدرجات المماثلة ، كما تتضمن إشتراكهم فى القضاء فى درجاته جميعاً (المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

« تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف والتى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » .

فهذه المادة قد حددت بجلاء القانون الواجب التطبيق فى مسائل الإجراءات فاعتبرت قانون المرافعات الأصل العام الذى يتبع فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف والتى كانت تختص أصلاً بنظرها المحاكم الشرعية أو المجالس الملية ، فهو الذى يتبع دون غيره فى إجراءات رفع الدعوى والإختصاص ، وتقدير قيمة الدعوى ، وقيدها ، والحضور والغياب ، وتدخل النيابة ، وإجراءات الجلسات ، ونظامها والدفوع ، وإختصام الغير ، وإدخال ضامن ، والطلبات العارضة ، والتدخل ، ووقف الخصومة ، وإنقطاعها ، وسقوطها ، وإنقضائها بمضى المدة ، وتركها ، وعدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم ، والأحكام وإصدارها وتصحيحها وتفسيرها ، وطرق الطعن غير العادية (كإلتماس إعادة النظر والنقض) .. وما إلى ذلك مما لم تعد هناك نصوص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) تنظمه .

أما إذا كانت هناك نصوص فى اللائحة الشرعية لم يتناولها الإلغاء بموجب نص المادة ١٢ من قانون توحيد جهات القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . فإنها تكون القانون الواجب التطبيق ، ذلك أن اللائحة الشرعية فى هذا الصدد تعد أصول المرافعات الشرعية بالنسبة لإجراءات الأحوال الشخصية ، ذلك أن النصوص الشرعية الإجرائية الباقية قد قصد بها – كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون توحيد القضاء بحق – تيسير الإجراءات فى هذا النوع من القضايا ، ولذلك رؤى من الخير الإبقاء عليها .

قواعد الإجراءات الملغاة من اللائحة الشرعية والتى يرجع فى شأنها إلى قانون المرافعات :

٤٥ – ويستفاد من نص المادة ١٣ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أنه الغيت من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون

رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، الأحكام التالية :

(١) ما يتعلق بترتيب المحاكم الشرعية ، والتى كانت تنظمها المادة الأولى من اللائحة الشرعية .

(٢) ما يتعلق بتشكيل المحاكم الشرعية ، والتى كانت تبينها المادتان الثانية والثالثة من اللائحة الشرعية .

(٣) ما تعلق بتحديد دوائر إختصاص المحاكم الشرعية ، التى كانت تحددها المادة الرابعة من اللائحة الشرعية .

(٤) ما يتعلق بإنتخاب القضاة الشرعيين وتعيينهم وندبهم ، والتى كانت تنظمها أحكام المواد من ١١ إلى ١٩ من اللائحة الشرعية .

(٥) ما تعلق بنظر الدعوى أمام أكثر من محكمة سواء أكان ذلك بناء على حق أو بناء على خيار وذلك توحيداً لجهة القضاء ، وهى الأحكام التى كانت تتناولها المواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من اللائحة .

(٦) ما تعلق بإعلانات الدعوى على وجه العموم والتى كانت تتناولها المواد من ٣٢ إلى ٤٠ من اللائحة الشرعية .

(٧) ما تعلق منها بإعلانات الدعاوى ، والتى كانت تنظمها المواد من ٤٨ إلى ٥١ من اللائحة الشرعية ، ثم من المادة ٥٣ حتى ٥٧ منها .

(٨) ما تعلق منها بقيد الدعوى ، والتى كانت ترسمها المواد من ٥٨ إلى ٦٢ من اللائحة الشرعية .

(٩) ما تعلق منها بإيداع المستندات والإطلاع عليها ، والتى كانت تنص عليها المواد من ٦٣ حتى ٧٠ من اللائحة الشرعية .

(١٠) ما تعلق منها بنظام الجلسات ، والتى كانت تنص عليها المواد من ٧١ إلى ٧٣ من اللائحة الشرعية .

(١١) ما تعلق منها بحضور الخصوم أو وكلائهم ، والتى كانت تقررها المواد من ٧٤ إلى ٨١ من اللائحة الشرعية .

(١٢) ما تعلق ببعض أحكام سماع الدعوى ، والتى كانت تنص عليها

المواد من ٨٢ إلى ٩٧ من اللائحة الشرعية .

(١٣) ما تعلق منها بدفع الدعوى قبل الجواب عنها والتى كانت تنص عليها المواد من ١٠٠ إلى ١٠٤ من اللائحة الشرعية .

(١٤) ما تعلق منها بالجواب عن الدعوى ، والتى كانت تنص عليها المواد من ١٠٥ إلى ١١٢ من اللائحة الشرعية .

(١٥) ما تعلق منها بدخول خصم ثالث فى الدعوى ، والتى كانت تنص عليها المادتان ١١٣ و ١١٤ من اللائحة الشرعية .

(١٦) ما تعلق منها بإستجواب الخصوم أنفسهم ، والتى كانت تنص عليها المواد من ١١٥ إلى ١٢٢ من اللائحة الشرعية .

(١٧) ما تعلق منها بالأدلة : والتى كانت تنص عليها المادة ١٢٣ من اللائحة الشرعية .

(١٨) ما تعلق منها بالإقرار ، والتى كانت تتناولها المواد من ١٢٤ حتى ١٢٩ من اللائحة الشرعية .

(١٩) ما تعلق منها بالأدلة الخطية ، والتى كانت تنص عليها المواد من ١٣٠ حتى ١٣٦ ثم المادة ١٣٨ من اللائحة الشرعية .

(٢٠) ما تعلق منها بالطعن فى الخطوط والأوراق ، والتى نصت عليها المادة ١٣٩ من اللائحة الشرعية .

(٢١) ما تعلق منها بإنكار الختم أو الإمضاء ، والتى كانت تنظمها المواد من ١٤٠ حتى ١٥٢ من اللائحة الشرعية .

(٢٢) ما تعلق منها بدعوى التزوير ، والتى كانت تنظمها المواد من ١٥٤ حتى ١٧١ من اللائحة الشرعية .

(٢٣) ما تعلق منها بالشهادة ، والتى كانت تنظمها المواد من ١٧٢ حتى ١٧٨ والمادة ١٨٠ والمواد من ١٨٢ حتى ١٩٢ من اللائحة الشرعية .

(٢٤) ما تعلق منها بالعجز عن الإثبات ، التى كانت تنص عليها المواد ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٦ من اللائحة الشرعية .

(٢٥) ما تعلق منها باليمين والنكول ، والتى كانت تنص عليها المواد ١٩٧ حتى ٢٠٢ من اللائحة الشرعية .

(٢٦) ما تعلق منها بإنتقال المحكمة لحل النزاع ، والتى كانت تنص عليها المواد من ٢٠٢ حتى ٢١٠ من اللائحة الشرعية .

(٢٧) ما تعلق منها بأهل الخبرة ، والتى تناولتها المواد من ٢١١ حتى ٢٤١ من اللائحة الشرعية .

(٢٨) ما تعلق منها بإنقطاع المرافعة والتنازل عن الدعوى ، والتى نصت عليها المواد من ٢٤٢ حتى ٢٤٨ من اللائحة الشرعية .

(٢٩) ما تعلق منها برد القضاء عن الحكم ، والتى نصت عليها المواد من ٢٤٩ حتى ٢٧٢ من اللائحة الشرعية .

(٣٠) ما تعلق منها بالأحكام (قواعد عمومية) والتى كانت تنص عليها المواد من ٢٧٣ حتى ٢٧٩ من اللائحة الشرعية .

(٣١) ما تعلق بالعدول عن إتباع مبدأ قضائى ، والتى كانت تنص عليها المادة ٣٢٨ من اللائحة الشرعية .

(٣٢) ما تعلق منها بإلتماس إعادة النظر ، والتى كانت تنص عليها المواد من ٣٢٩ حتى ٣٣٥ من اللائحة الشرعية .

(٣٣) ما تعلق منها بطلب تصحيح الحكم أو تفسيره ، والتى تنص عليها المواد من ٢٣٦ حتى ٣٤٠ من اللائحة الشرعية .

(٣٤) ما تعلق منها بالطعن فى الأحكام ممن تتعدى إليه ، والتى نصت عليها المادتان ٣٤١ و ٣٤٢ من اللائحة الشرعية .

(٣٥) ما تعلق منها بتنفيذ الحكم على من يتعدى إليه الحكم ، والتى نصت عليها المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية .

(٣٦) ما تعلق منها بإشكالات التنفيذ ، التى نصت عليها المادتان ٣٥١ ، ٣٥٢ من اللائحة الشرعية .

(٣٧) ما تعلق منها بالإشهادات والتسجيل ، التى نصت عليها المواد من ٣٦٢ حتى ٣٧٣ .

وما خلا تلك الأحكام فقد بقيت أحكام إجرائية هى من غير شك أصول المرافعات الشرعية التى تتسم بسمات خاصة سواء من حيث مسمياتها أو طبيعتها الفريدة ، وسوف نتناول كلاً منها فى موضعه من أبواب هذا الكتاب اللاحقة .

بقى أن نقرر أن المادة ١٣ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على إلغاء المادة ١٦ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ التى كانت تنص على عدم إختصاص المحاكم بنظر المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالإستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أى بحصوله فى مرض الموت وبإختصاصها بالفصل فى المنازعات المتعلقة بإستحقاق العين الموقوفة ووضع اليد عليها أو بفرزها إذا كانت شائعة فى ملك غير موقوف ، وكذلك بالمنازعات المتعلقة بحصول الوقف إضراراً بحقوق دائنى الواقف .

كما نصت تلك المادة على إلغاء ما يخالف قانون توحيد القضاء من أحكام الأمر العالى الخاص بلائحة ترتيب وإختصاص مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومى ، والأمر العالى بشأن الإنجيليين الوطنيين ، وقانون الأرمن بالكاثوليك ، وعموماً إلغاء القوانين والأوامر العالية والقرارات المخالفة للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد القضاء وإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية .

ونصت المادة ٦ من قانون التوحيد على أن الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف ومتى كانت أصلاً من إختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – فى نطاق النظام العام – طبقاً لشريعتهم (١) .

---

(١) ويلاحظ أنه لا فرق بين الدوائر الملية وغيرها فى وجوب إتباع قواعد الإجراءات=

ونصت المادة ٧ من القانون المذكور على أنه لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام ، فتطبيق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون (١) .

٤٦- إن مسائل الزواج والطلاق هى التى ظلت محكومة بالقواعد الدينية ، ولذلك تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين(٢)، كما تطبق قواعد المسيحية واليهودية بالنسبة لكل من المسيحيين واليهود ، وقد كان هذا التعدد فى الشرائع الواجبة التطبيق فى

=المبينة فى اللائحة الشرعية على القضايا التى تنظرها ، لأن المشرع - كما هو واضح من النص - أراد التوحيد فى الإجراءات بين جميع قضايا الأحوال الشخصية سواء كانت بين مسلمين أو غيرهم (القاهرة الإبتدائية - جلسة ١٩٥٦٣/٣ - القضية رقم ٣٧ سنة ١٩٥٦ كلى مصر) .

(١) لقد أصبح الأجانب على إختلاف جنسياتهم ، والمصريون على إختلاف عقائدهم الدينية ، يخضعون لجهة قضائية واحدة فى أحوالهم الشخصية والعينية - وقد أخضع الشارع المصرى الأجانب فى مصر فى أحوالهم الشخصية لقانون جنسيتهم وأخضع المصريين لقانون ديانتهم - وقد يكون قانون جنسية الأجنبى هو قانون ديانته مسجلاً فى وضع تشريعى محدد ، وقد يكون هذا القانون عبارة عن مجموعة من التقاليد والأوضاع المرعية فى بلد الأجنبى وبهذا تختلف قوانين الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إختلافاً بيناً تبعاً لإختلاف جنسيتهم ، وقد تختلف جنسية الزوجين أو طرفى الحالة المطروحة - وكما تختلف قوانين الأحوال الشخصية للأجانب تختلف كذلك قوانين الأحوال الشخصية ، لعدم وجود قانون إقليمى واحد ينظم الأحوال الشخصية لجميع المصريين لإختلاف ديانتهم ، لهذا ورد النص على أن القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية للمصريين هو قانون شريعتهم (منازعات الأحوال الشخصية - مقال - للأستاذ نصيف زكى- المحاماة- السنة ٩ - ص١٤٠٧ وص١٤٠٨ وما بعدها) ويراجع فى هذا الشأن : المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - المرجع السابق - س٦٩ ، المقصورد بالأحوال الشخصية - للمستشار أحمد خيرت - مجلة القضاء - العدد ٨ - ٦١ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤- مدنى وأحوال - ص٣٢ .

مسائل الأحوال الشخصية يقترن حتى وقت قريب بتعدد الجهات القضائية التى تتولى تطبيق القواعد الدينية على منازعات الأحوال الشخصية، ولم يقض على هذا التعدد إلا صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى ألغى جهات القضاء الملية لغير المسلمين كما ألغى المحاكم الشرعية وأضاف كل إختصاصاتها إلى المحاكم المدنية (١) .

---

(١) المقصود بالأحوال الشخصية – للمستشار أحمد خيرت – المرجع السابق – ص٧٣ .

الباب الرابع

السمات المميزة والقواعد الأساسية لمشروع قانون إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية

تصدير :

أحكام إجراءات الأحوال الشخصية واردة إما فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ أو فى لائحة التنفيذ الصادرة فى ١٩٠٧/٤/٤ وفى قانون المرافعات المدنية والتجارية (الكتاب الرابع) .

ورغبة فى توحيد الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية ، فقد أعد هذا المشروع بقانون . بحيث تسرى أحكام هذا القانون الجديد على إجراءات التقاضى فى جميع مسائل الأحوال الشخصية . وتطبق قواعد قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص فى هذا القانون (م١ من إصداره) .

القوانين التى نص القانون على إلغائها :

ووصولاً إلى تحقيق هدف توحيد إجراءات التقاضى فقد نص القانون الجديد فى المادة الثانية من إصداره على إلغاء المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وعلى إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، ولائحة تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩٠٧ ، وإلغاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية ، والقانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف . وعلى إلغاء القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات وعلى إلغاء كل نص يخالف أحكام هذا القانون الجديد .

العمل بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة :

تقضى المادة الثالثة من الإصدار بأن الأحكام تصدر طبقًا لأحكام هذا القانون الجديد ، وعلى أن يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فيما لم يرد بشأنه نص .

صدور الأحكام بالنسبة لغير المسلمين :

ونصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أنه بالنسبة للأحوال الشخصية لغير المسلمين متحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات ملية منظمة فى ١٩٥٥/٩/٢٤ ، فإن الأحكام تصدر – فى نطاق النظام العام – طبقاً لشريعتهم .

ولا يؤثر تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام ، فعندئذ تسرى الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على المسلمين .

حكم وقتى فى شأن الإختصاص :

نصت المادة الخامسة من الإصدار على حكم وقتى مفاده قيام المحاكم بأن تحيل من تلقاء نفسها وبدون رسوم – ما يوجد أمامها من دعاوى أصبحت من إختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون ، وذلك بالحالة التى تكون عليها . وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلان أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى .

ولا تسرى الأحكام المتقدمة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم فيها ، فتبقى خاضعة للنصوص القديمة .

قرارات وزير العدل :

نصت المادة السادسة من الإصدار على أن لوزير العدل أن يصدر لائحة بتنظيم شئونه المأذونين وأعمالهم وما يلحق بهذه اللائحة من نماذج للوثائق اللازمة لأداء هذه كما يصدر جميع القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

شرح القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠[1]
بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
المعدل بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ [2]

مقدمـــة :

كانت وزارة العدل قد أعدت مشروع قانون باجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، طرحته على رجال القضاء بكتاب أرسلته إلى كل منهم إدارة التشريع لدراسته وموافاة السيد/ المستشار دكتور محمد فتحى نجيب مساعد وزير العدل بما يبدى بشأنه من آراء وملاحظات ، وكان ذلك فى ١٩٩٦/١٢/٢٩ .

ثم طرح المشروع على المحافل الدينية والشرعية على أعلى مستوياتها.

ثم أمر السيد/ رئيس الجمهورية بعرض المشروع على مجلس الشعب والشورى ، وطرحه للمناقشة بعد إدخال تعديلات جوهرية .

ثم صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

الأحكام الجديدة التى جاء بها القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

أولاً – الخلـع :

ورد الخلع فى نصوص القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى المواد التالية :

١– ما نصت عليه المادة ١٥ من الفصل الثانى من الباب الثانى فى شأن الاختصاص فى فقرتها الرابعة بقولها : (... ومع ذلك يتحدد الاختصاص

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية – فى ٢٠٠٠/١/٢٩ – العدد ٤ مكرراً ، ويعمل به بعد شهر من اليوم التالى لنشره (م٦) .

(٢) تنظر نصوص هذا القانون كاملة ضمن ملاحق القسم الثالث من هذه الموسوعة .

المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتى :

١- ...

(أ) - ...

(ب)- ...

(جـ) - التطليق والخلع والإبراء بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية ...)

٢- ما نصت عليه المادة ٢٠ من الفصل الأول (فى مسائل الولاية على النفس) من الباب الثالث (رفع الدعوى ونظرها) - حيث تقول :

(للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه ، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية ، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها محكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٨ والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون . وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم .

ويقع الخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن . ويكون الحكم فى جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأى طرق الطعن) .

فما هو الخلع إذن ؟

الخلع - فى اللغة - الإزالة . تقول العرب : خلع الرجل زوجته خُلعاً - بضم الخاء - أى أنهى عقدها نظير عوض منها أو من غيرها .

والخلع - فقهًا - اختلف الفقهاء فى صيغته بحسب خلافهم فى

العوض عنه ، وعن تمامه بالتراضى أو بقضاء القاضى .

فعرفه الحنفية بأنه حل رابطة الزوجية بلفظ (الخلع) أو ما فى معناه نظير عوض . وما فى معناه - عندهم - (كالإبراء والإفتداء) . والعوض بأخذه الزوج ، فإن تجرد التصرف من مقابلته بالعوض ، كان لفظاً من كتابات الطلاق يقع بائناً عندهم دون توقف على قبولها إذ قال إنه ينوى به الطلاق ، أو دلت عليه قرائن الأحوال . أما أحكام القضاء فقد جرت على أن الخلع إذا تجرد من العوض ولم ينو الزوج الطلاق ، ويقع طلاقًا رجعيًا إذا نوى به الطلاق ، لأن القانون اعتبر كل طلاق رجعيًا إلا ما نص على كونه بائناً وليس هذا منه .

وعليه فإن الحنفية يشترطون العوض لاعتباره خلعًا ، وأن يكون متوقفًا على اتفاق الزوجين ، إذ الخلع ليس من الاسقاطات المحضة عند الحنفية ، وإنما فيه معاوضة .

وعلى ذلك إذا قال الزوج لزوجته : خالعتك نظير كذا . أو قالت الزوجة لزوجها : اختلعت نفسى منك نظير كذا ، ولم يصدر من الزوج فى المجلس ما يدل على القبول ، فإن الإيجاب يتلاشى ، ولا يترك أثراً فلا يقع أى طلاق لانعدام الرضا بالعوض الذى علق عليه الطلاق ، ولا يستحق ما افتدت نفسها به لعدم قبوله الفرقة التى جعلتها نظير هذا العوض .

والخلع وإن كانت المعاوضة فيه واضحة إلا أن أبا حنيفة أعطاه حكم اليمين من جانب الزوج .

أما الصاحبان فيريان بأن الخلع من جانب كل منهما يمين ، وعلى هذا فلا يجوز لكل منهما الرجوع ولا اشتراط خيار الشرط ، ويصح لكل منهما أن يعلق الإيجاب أو يضيفه .

وقد رجح فقهاء المذهب ، ما قاله الإمام أبو حنيفة فى هذا .

ويجرى القضاء على ما اتجه إليه الإمام من أن الزوج لا يملك الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة . أما هى فلها ذلك إذ الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة فيها شبهة التبرع من جانب الزوجة .

أما المالكية فقالوا إن الخلع قد يكون بعوض أو بغير عوض ، ويكون

بناء على طلب أحد الزوجين ، ويكون بالتراضى وإلا أنه يتم بقضاء القاضى.

وطلب الخلع دون سبب مكروه فلا يحل للزوجة ذلك ، إذ لابد من سبب يبرر طلبه ولو كان نفسيًا ، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام : «أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة». وجاء فى فتح البارى : إنه مكروه ، إلا فى حال مخافة ألا يقيما هما أو واحد منهما حدود الله فى المعاشرة . وقد ينشأ ذلك عن كراهة العشرة أما لسوء خلق أو دمامة فى الشكل .. لكن هل لابد أن يكون السبب منهما أم من جهتها وحدها أو من أيهما .

يرى إبن حزم أن السبب ينبغى أن يكون من جهتها هى ، وأنه لا أثر للخلع إذا كان غير ذلك ، لأنه غير مشروع ، وغير المشروع عنده لا ينفذ .

أما جمهور الفقهاء فيجيزونه بالتراضى ، سواء أكان النشوز من جانب الزوج أم من جانب الزوجة أم من جانبهما معًا ، ويترتب عليه أثره وإن كان يحرم عليه ديانة أخذ العوض إن كان النشوز من جانبه وحده .

وقال المالكية : إذا ادعت بعد الخلع أن بالزوج عيباً كان يجيز لها طلب التفريق ، أو كان يضارها الضرر الذى يجيز لها التطليق وأثبتت ذلك فإن الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه .

أما الحنفية فإنهم يرون ذلك ديانة لا قضاء ، إذ نصوا على أنه لو أمسكها إضراراً لها ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة حرم عليه ذلك ، إلا أنه لو أخذ منها العوض جاز فى الحكم وإن كان السبب خبيثاً .

أما المنذر والشعبى وطاووس وجماعة من التابعين أن الخلع لا يجوز حتى يقع الشقاق منهما معاً ، لأن هذا هو الذى يتفق مع ظاهر النص فى قوله تعالى : «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ...» ، فقيد نفى الجناح فى حالة خوف الزوجين من عدم إقامة حدود الله .

وينبغى إذا ما طلبت من زوجها مخالعتها أن يعظها بالمعروف ، ويراجعها فى ذلك ، ويناشدها الإبقاء على الحياة الزوجية . فإذا أصرت كان من حقهما أن يتخالعا بنفسيهما دون حاجة إلى تدخل القضاء لأنه بمنزلة

الطلاق على مال ، كما أنه قطع عقد بالتراضى ومعاوضة ، ولعموم الآيات ، وما أثر عن جمهور الصحابة .

ومن ناحية قدر العوض فإن المالكية والشافعية والظاهرية والجعفرية يرون أن ذلك مرده إلى ما يتفق عليه الزوجان دون ارتباط بما أنفقه من أجلها ، لقوله سبحانه وتعالى : «فلا جناح عليهما فيما افتدت به» . فالآية لا تقيد العوض .

ثانيًا – منازعات السفر :

كان سفر الزوجة للخارج للعمل ونحوه مشروطًا بموافقة الزوج ، وكان الزوج يتعنت – أحيانًا كثيرة – فلا يصرح لزوجته بالسفر .

فكانت تلجأ إلى النيابة العامة أحيانًا ، أو إلى قاضى الأمور المستعجلة أحيانًا أخرى لاستصدار حكم يرخص لها فى السفر .

فلما عرض الأمر على مجلس الشعب والشورى ودارت المناقشات الطويلة حول الحق فى منع الزوجة من السفر بسبب عدم تصريح الزوج لها – صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ محددًا جهة الاختصاص بالفصل فى المنازعات حول السفر ، وكيفية طرح المنازعات .

فنصت المادة الأولى من الإصدار فى فقرتها الثانية والخامسة على ما يلى :

(يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية :

١– ...

٢– ...

٣– ...

٤– ...

٥– المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن) .

وشرحًا لذلك وأخذًا مما نصت عليه المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المستبدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ – بأنه فى الأحوال

التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه فى استصدار أمر ، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة ... وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشتملة على وقائع الطلب وأسانيده ، وتعيين موطن مختار للطالب فى البلدة التى بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها .

ويجب على القاضى أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختى العريضة ... (م١٩٥ مرافعات) .

ويجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عريضته مكتوباً عليها صورة الأمر فى اليوم التالى لصدوره .. (م١٩٦ مرافعات) .

ثالثاً – إلغاء الكتاب الرابع مرافعات :

نصت المادة الرابعة من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (المادة ٢ من المشروع) على إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (والذى كان سارى المفعول فى ظل قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الحالى المادة الأولى من إصداره) .

وبإلغاء الكتاب الرابع وما كان ينص عليه من إجراءات وقواعد موضوعية ومواعيد فيما يختص بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب والولاية على المال ، فقد انعقد الاختصاص لمحاكم الأحوال الشخصية ويطبق فى شأنها القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أو قانون المرافعات فيما لا نص فيه فى هذا القانون (م٥٦ فقرة ٢ ق١ لسنة ٢٠٠٠)

ومؤدى إلغاء الكتاب الرابع – بالنسبة لاجراءات المرافعة والفصل فى الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية مصريين وأجانب ، أخذاً بنصوص القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الجديد :

١– فى رفع الدعوى – ترفع بصحيفة – بعد أن كانت بطلب (م١٦ق ١ لسنة ٢٠٠٠) – طبقاً للقواعد التى نصت عليها المادة ٦٣ مرافعات .

٢– طرق الطعن فى الأحكام والقرارات – حددتها المادة ١/٥٦ من

القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فى : الاستئناف - والالتماس - والنقض - واستبعد طريق الطعن بالمعارضة .

٣- مواعيد الطعن - صارت مواعيد الطعن بالاستئناف أربعون يوماً وفقاً لقانون المرافعات المادة ٢٢٧ (بعد أن كان ميعاده ١٥ يوماً فى نصوص القانون الملغى) . و١٥ يومًا فى المواد المستعجلة و٦٠ يومًا للنائب العام- ومواعيد الالتماس ٤٠ يوماً وفقاً للمادة ٢٤٢ مرافعات بعد أن كان عشرة أيام فى القانون الملغى . أما ميعاد النقض فهو ٦٠ يوماً - ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذى يرفعه النائب العام لمصلحة القانون (م٢٥٢ مرافعات) .

٤- ترفع الطعون بصحيفة بعد أن كانت بتقرير فى القانون الملغى .

٥- ميعاد الاستئناف ٦٠ يومًا لمن لا موطن له فى مصر دون اضافة ميعاد مسافة (م٦١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) - أما المعارضة فقد ألغى نظامها .

٦- يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى ... التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم اعطاء شهادة مسببة للامتناع سواء للمصريين أو الأجانب (م١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) - وقد كان هذا التظلم فى ظل القانون الملغى - يتم بطريق الدعوى .

٧- ترتب على الغاء الكتاب الرابع سالف الذكر الغاء أحكام (التبنى) التى كان ينظمها ، وذلك لمخالفة هذا النظام لمبادئ النظام العام .

٨- دعاوى النفقات معفاة من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى ، وكذلك ما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها (م٢/٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

٩- لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض . فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى ، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن.

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن

قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه . وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل فى الموضوع (م٦٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

وقبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ كان المأذون يعتد فقط بصدور حكم انتهائى بالتطليق (من محكمة الاستئناف) ليعقد زواج المطلقة على زوج آخر بعد انقضاء عدتها ، فى وقت يكون فيه الزوج الأول قد طعن فى حكم التطليق بطريق النقض ، وتثور المشكلة حين يقضى بنقض حكم التطليق ، فى وقت تكون المطلقة فيه قد أنجبت من زوجها الجديد ... !!

فعالج القانون الجديد بنصه سالف الذكر هذه المشكلة واستلزم أن يكون حكم التطليق باتاً .

١٠- نص القانون الجديد على استحداث نظام التأمين على الأسرة ، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقدير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب ، يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى .

ويصدر بقواعد هذا النظام واجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات (م٧١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

١١- لا يوقف الاشكال تنفيذ أحكام النفقات بجميع أنواعها (م٧٨ و ٧٧ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

١٢- للنيابة العامة أن تطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها ، ويتبع فى الطعن الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية . (م٥٧ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

١٣- الطلبات الجديدة فى الاستئناف - تقضى المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الاضافة إليها ، كما يجوز ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لايقبل التجزئية .

وفى الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسبًا للرد على الأسباب أوالطلبات الجديدة .

وقد كان قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ينص فى المادة ٢٣٥ فقرة أولى على عدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف ، وعلى أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

ثم نصت فى الفقرة الثانية على أنه– مع ذلك – يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلى الأجور والفوائد والمرتبات . وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات .

وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حالة تغيير سببه والاضافة إليه .

وبهذا يكون القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد استحدث حكمًا جديداً يرخص للمستأنف أن يضيف إلى طلباته طلبات جديدة يتدارك بها ما فاته فيما أبداه أمام محكمة أول درجة من طلبات إذا كان هو المدعى أصلاً ، حاسماً بهذا النص الجديد الذى جرى به الفقه حول قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف .

١٤– واستحدث القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ حكمًا جديداً يجيز لمحكمة الاستئناف أن تصدر حكمًا مؤقتًا واجب النفاذ بشأن رؤية الصغير أو بتقرير نفقة أو بتعديل النفقة التى قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو بالنقصان حتى تصدر حكمها النهائى فى استئناف الحكم القطعى وفقًا لما نص عليه فى المادة ١٠ (م٥٩) .

التعليق على باقى مواد القانون
رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

أولاً – تسرى أحكام القانون ٢٠٠٠ على اجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف . ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى ادارة وتصفية التركات .

ومؤدى نص المادة الأولى أن القانون الواجب التطبيق فى شأن اجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف – هو القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وبالنسبة لادارة وتصفية التركة فتطبق فى شأنها أحكام القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بصفة أصلية وأساسية ، ويطبق فى شأنها أيضًا أحكام قانون المرافعات وقانون الاثبات والقانون المدنى فيما لا نص عليها فى القانون ١ لسنة ٢٠٠٠

ثانيًا – ويختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره – طبقًا للفقرة الثانية من المادة الأولى من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ – باصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية :

١– التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم اعطاء شهادة مسببة للامتناع ، سواء للمصريين أو الأجانب .

٢– مد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لاجراء الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعاداً له .

٣– اتخاذ ما يراه لازماً من الاجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التى لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب .

٤– الإذن للنيابة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها والغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين .

٥- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن .

وقد تناولنا بالتعليق المنازعات حول السفر للخارج ، وباقى المنازعات التى نصت عليها المادة فهى ظاهرة ، وأنها جميعًا يصدر فيها أمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره ، ولا حاجة لرفع دعوى بطلبها كما كان الحال فى الكتاب الرابع الملغى .

ثالثًا - فى احالة الدعوى إلى المحكمة المختصة :- فقد جاء نص المادة الثانية من الإصدار بأن تحيل المحاكم من تلقاء نفسها وبدون رسوم الدعاوى التى أصبحت بمقتضى القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ من اختصاص محاكم أخرى ، بالحالة التى هى عليها، وتكليف قلم الكتاب باعلان أمر الاحالة إلى الغائب من الخصوم وتكليفه بالحضور أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى .

أما الدعاوى المحكوم فيها ، أو المؤجلة للنطق بالحكم فيها فتبقى خاضعة للنصوص السارية قبل صدور القانون الجديد (١ لسنة ٢٠٠٠) . وقد جاء هذا النص متسقاً مع نص المادة ٢ من اصدار قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

رابعًا - صدور الأحكام - تصدر الأحكام - وفقًا لنص المادة الثالثة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة .

وهذا النص يحاكى ما كانت تقضى به المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى ألغاها القانون الجديد (م٤ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الأحكام تصدر فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين متحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام .

خامسًا - النصوص الملغاة - وقد نصت المادة الرابعة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على إلغاء القوانين واللوائح التالية :

١- المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ ما بقى فيها من نصوص كانت سارية) .

٢- الكتاب الرابع مرافعات المضاف للقانون السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩.

٣- من قوانين توحيد جهات القضاء : القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والقانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

٤- القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الخاص بالنفقة .

٥- لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ .

كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

سادسًا – تنفيذ القانون الجديد ، وتنظيم شئون وأعمال المأذونين والموثقين – نصت المادة الخامسة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون الجديد ، ولوائح تنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال .

سابعًا – العمل بالقانون الجديد – حددت المادة السادسة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ موعد العمل بهذا القانون بأنه يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لنشره .

وقد نشر فى الجريدة الرسمية فى ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ – العدد ٤ مكرر .

ثامنًا – حساب المواعيد الاجرائية – تنص المادة الأولى من القانون الجديد على أن تحسب المدد والمواعيد الاجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى .

وقد جاء ذلك متسقًا مع ما اتجه إليه المشرع فى مختلف القوانين – وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٢/٤٤ من القانون المدنى (رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨) .

تاسعًا – أهلية التقاضى – حددت المادة الثانية من القانون ١ لسنة

٢٠٠٠ أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بخمس عشرة سنة ميلادية كاملة مع التمتع بالقوى العقلية .

وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانوني وفي حالة عدم وجود الممثل أو تعارض مصلحته مع من يمثله تقبل المحكمة من تلقاء نفسها وصي خصومة أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير .

عاشراً – ونصت المادة الثالثة من القانون الجديد على عدم لزوم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية التي تقدم للمحكمة الجزئية وللمحكمة – عند الضرورة – ندب محام للدفاع عن المدعي ويحدد الحكم الذي يصدر أتعاب المحامي المنتدب وتتحملها الخزانة العامة ، دون إخلال بالتزام مجالس النقابات الفرعية بتقديم المساعدات القضائية على النحو المنصوص عليه في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحاماة .

حادي عشر – تعفى دعاوى النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي (م٣/٢ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

ثاني عشر – حسن سير العدالة وندب اخصائي اجتماعي – نصت المادة الرابعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للمحكمة تبصرة الخصوم بما يتطلبه حسن سير العدالة . ولها ندب اخصائي اجتماعي في الدعوى وهذا النص مستحدث في مسائل الأحوال الشخصية .

ثالث عشر – نظر دعاوى الأحوال الشخصية في جلسة سرية – نصت المادة الخامسة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للمحكمة نظر قضايا الأحوال الشخصية في جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب ، على أن ينطق بالحكم في جلسة علنية .

رابع عشر – تدخل النيابة في دعاوى الأحوال الشخصية – والوقف – ورفعها – نصت المادة السادسة على حق النيابة العامة في رفع دعاوى الأحوال الشخصية ابتداء إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب .

ويجوز لها التدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحاكم الجزئية.

ويجب أن تتدخل فى تلك الدعاوى أمام المحكمة الابتدائية ومحاكم الاستئناف ، وإلا كان الحكم باطلاً .

خامس عشر – قبول دعوى الاقرار بالنسب والشهادة عليه – نصت المادة السابعة على عدم قبول دعوى الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة المورث عند الانكار إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء .

سادس عشر – قبول دعاوى الوقف والاستحقاق والنظر والإرث – نصت المادة الثامنة على عدم قبول دعوى الوقف وشروط الواقف أو الاقرار بالوقف أو الاستحقاق فيه أو التصرفات الواردة عليه ما لم يكن الوقف ثابتاً باشهاد مشهر قانوناً .

ولا يقبل – عند الانكار – دعوى الوقف أو الارث إذا رفعت بعد مضى ٣٣ سنة من وقت ثبوت الحق ، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك .

وفى حالة الحكم بعزل ناظر الوقف أو ضم ناظر آخر إليه تعين المحكمة فى الحالتين بحكم واجب النفاذ ناظراً بصفة مؤقتة لحين الفصل فى الدعوى بحكم نهائى .

الاختصاص النوعى

اختصاص المحكمة الجزئية :

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل التالية ، ويكون حكمها قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته (م٩) .

١– فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

أ– دعاوى ضم الصغير وحضانته وحفظه ورؤيته والانتقال به .

ب– دعاوى النفقات وما فى حكمها والأجور والمصروفات بجميع أنواعها .

جـ- دعاوى الإذن للزوجة بمباشرة حقوقها .

د- دعاوى المهر والدوطة والشبكة والجهاز . ويكون الحكم نهائيًا إذا كان المطلوب لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيه (بمراعاة نص الفقرة ١ من المادة ٤٢ مرافعات المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية - في ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ - العدد ٢٢ مكرر - التى أحالت عليها المادة ٩ فقرة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

هـ- تصحيح قيود وثائق الزواج والطلاق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

و- توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

ز- الإذن بزواج من لاولى له .

ح- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، ما لم يثر بشأنها نزاع.

٢- المسائل المتعلقة بالولاية على المال :

متى كان المطلوب حمايته لا يتجاوز ١٠٠٠٠ج عشرة آلاف جنيه (م ، ١/٤ مرافعات معدلة التى أحالت إليها المادة ٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠ في هذا الخصوص) :

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

ب- اثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

جـ- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله .

د- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله وإدارتها وفقًا لأحكام القانون ، والإذن له بمزاولة التجارة واجراء التصرفات التى يلزم للقيام بها الحصول على إذن ، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

هـ- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

و- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

ز- اعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال .

ح- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها .

ط- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها .

ك- جميع المواد الأخرى المتعلقة بادارة الأموال وفقًا لأحكام القانون واتخاذ الاجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

ل- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على ١٠٠٠٠ج عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٢ مرافعات المحالة عليها بالمادة ١١/٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

سابع عشر - الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بدعاوى الأحوال الشخصية - حددت المادة العاشرة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية فى أنه بما لا يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، وبدعاوى الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقت والتصرفات الواردة عليه .

وللمحكمة الابتدائية المختصة محليًا بنظر دعاوى التطليق والطلاق والتفريق الجسمانى دون غيرها ، الحكم ابتدائيًا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته .

وتلتزم المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات باحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد .

وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكامًا مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قدرته من نفقة بالزيادة أو النقصان .

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها .

ثامن عشر – تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفى العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجر سببًا لزوال أهليته للزواج ويترتب على اقامة الدعوى وقف اتمام الزواج حتى يحكم نهائياً فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفعه وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل فى حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور بتسلم أمواله لادارتها وفقاً لأحكام القانون ، وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين مأذون بالخصومة عليه ، وتقدير نفقة للمحجور عليه فى ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية وبين القيم فيما يتعلق بالانفاق على المحجور عليه (م١١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

تاسع عشر – قضاء المحكمة بسلب الولاية – نصت المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا نصت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفت وفقًا للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع . فإن امتنع من عهد إليه بها بعد اخطاره على النحو المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال فى هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة ٤١ من هذا القانون .

وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الاجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية .

عشرون – الاختصاص باعتماد الحساب – تختص المحكمة التى تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل فى المنازعات المتعلقة بهذا الحساب (م١٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

حادى وعشرون – الاختصاص بالحساب وتسليم الأموال والتنفيذ – تختص المحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال حتى تمام الفصل فيهما .

كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة فى هذا الشأن .

الاختصاص المحلى

اثنين وعشرون – يتحدد الموطن فى مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠ و ٤٢ و ٤٣ من القانون المدنى (١) (م١/١٥ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

وبمراعاة أحكام المادتين١٠ ، ١١من هذا القانون (تنظر فيما تقدم فى

---

(١) المادة ٤٠ مدنى – الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما .

المادة ٤٢ مدنى موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً .

ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص النسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها .

المادة ٤٣ مدنى – يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (ينظر فى التعليق على هذه المواد ، كتابنا : التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل – جزء ١ – طبعة ١٩٩٣ .

البندين سابع عشر وثامن عشر) ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه. فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى .

وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم .

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتى :

١- تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال فى المواد الآتية :

(أ) النفقات والأجور وما فى حكمها ، والحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما .

(ب) المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها .

(جـ) التطليق والخلع والابراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

٢- تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى فى مصر بتحقيق اثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات ، فإن لم يكن للمتوفى موطن فى مصر يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها أحد أعيان التركة .

٣- يتحدد الاختصاص المحلى فى مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتى :

(أ) فى مواد الولاية بموطن الولى أو القاصر ، وفى مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو للقاصر .

(ب) فى مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً.

(جـ) فى مواد الغيبة بآخر موطن للغائب .

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن فى مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب أو التى يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته .

(د) إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً جاز للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها الموطن الجديد .

(هـ) تختص المحكمة التى أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولى - سواء أكان وليًا أو وصيًا - إلا إذا رأت من المصلحة احالة المادة إلى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطن القاصر .

٤- فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية ، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقف والتصرفات الواردة عليه ، للمحكمة الكائنة فى دائرتها أعيانه ، أو الأكبر قيمة إذا تعددت ، أو المحكمة الكائن فى دائرتها موطن ناظر الوقف ، أو المدعى عليه (م١٥ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

رفع الدعوى ونظرها

ثلاثة وعشرون - طريق رفع الدعوى فى الولاية على النفس - نصت المادة ١٦ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على رفع الدعوى المتعلقة بالولاية على النفس بالطريق المعتاد المنصوص عليه فى قانون المرافعات (١) .

أربعة وعشرون - قبول الدعوى الناشئة عن عقد الزواج - نصت المادة ١/١٧ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الدعوى الناشئة عن عقد الزواج لا تقبل إلا إذا كانت سن الزوجة لا يقل عن ١٦ سنة ميلادية ، أو كانت سن الزوج ١٨ سنة ميلادية وقت رفع الدعوى .

خمسة وعشرون - ثبوت الدعوى - ونصت الفقرة الثانية من المادة ١/١٧ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على عدم قبول الدعوى الناشئة عن عقد

---

(١) يراجع فيما سبق من تعليق على اثر الغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات .

الزواج – عند الانكار – فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية . ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة .

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه (١) .

ستة وعشرون – عرض الصلح فى دعاوى الولاية على النفس – تقضى المادة ١٨ ق١ لسنة ٢٠٠٠ بأن تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم ، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح – مع علمه بها بغير عذر مقبول رافضاً له .

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك . فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ، ولا تزيد على ستين يوماً .

الفقرة الأولى من المادة ١٨ ق١ لسنة ٢٠٠٠ نصت عليها الأصول الشرعية .

وأحكام الفقرة الثانية مستحدثة .

سبعة وعشرون – ندب الحكمين فى دعاوى التطليق – نصت المادة ١٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله – قدر الامكان – فى الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه .

وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً ، فإن اختلف أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالها أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين .

---

(١) يراجع – لاحقاً – القسم الثانى من هذه الموسوعة فى شريعة الطوائف المسيحية .

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

ثمانية وعشرون – الخلع – نصت عليه المادة ٢٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ (١) .

تسعة وعشرون – إثبات الطلاق عند الانكار – نصت المادة ٢١ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على عدم الاعتداد فى اثبات الطلاق عند الانكار إلا بالاشهاد والتوثيق . وعند طلب الاشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما فإن أصر الزوجان معاً على ايقاع الطلاق فوراً أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع ، أو قرر الزوج أنه قد أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الاشهاد عليه .

وتطبق جميع الأحكام السابقة فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى ذلك فى وثيقة الزواج .

ويجب على الموثق اثبات ما تم من اجراءات فى تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك . ولا يعتد فى اثبات الطلاق فى حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضراً اجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية .

ثلاثون – اثبات مراجعة المطلقة عند الانكار – ونصت المادة ٢٢ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه مع عدم الاخلال بحق الزوجة فى اثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الاثبات ، لا تقبل عند الانكار ادعاء الزوج مراجعة مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض ، وتسعين يومًا لمن تكون عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها (٢) ، وذلك ما لك تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى اعلانها بالمراجعة .

---

(١) انظر – سابقاً – احكام الخلع .

(٢) تنظر أحكام المراجعة فى القسم الأول من هذه الموسوعة .

واحد وثلاثون – تحقيق النيابة العامة لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة – نصت المادة ٢٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية ، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده ، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد .

وتباشر النيابة العامة بنفسها اجراء التحقيق فى هذا الشأن .

وتلتزم أية جهة حكومية أوغير حكومية بافادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة ، وذلك مع عدم الاخلال بقرار سرية الحسابات بالبنوك .

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها .

ويجب على النيابة العامة أن تجرى التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يتجاوز ثلاثين يومًا من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها .

حكم هذه المادة مستحدث ، وأريد به تلافى العيوب الناجمة عن اجراء تحريات عن دخل المطالب بالنفقة عن طريق المباحث الذى كان يتولاه عادة (المخبرون) . بعيداً – عادة عن الحقيقة والواقع .

اثنين وثلاثون – اشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة – بينت المادة ٢٤ ق١ لسنة ٢٠٠٠ قواعد واجراءات طلب اشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، وأوجبت ارفاق شهادة رسمية تثبت الوفاة وإلا كان الطلب غير مقبول .

ويحقق القاضى الطلب بشهادة من يوثق وله أن يضيف إليها التحريات الادارية .

وعند المنازعة الجدية يحال الطلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة .

ثلاثة وثلاثون – حجية اشهاد الوفاة والوراثة – قضت المادة ٢٥ ق١ لسنة ٢٠٠٠ بأنه يكون لاشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة حجية ما لم يصدر حكم على خلافه .

فى مسائل الولاية على المال

أربعة وثلاثون – رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم – نصت المادة ٢٦ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم وادارتها ، ولها فى ذلك ندب أحد مأمورى الضبط القضائى والاستعانة بمعاونين يلحقون بها .

وللنيابة تقدير نفقة وقتية من أموال مستحق النفقة لحين الحكم بتقديرها .

خمسة وثلاثون – ابلاغ النيابة عن حالات الوفاة والفقد والغياب – نصت المادة ٢٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على الزام الأقارب المقيمين مع المتوفى أو أكبر الراشدين من الورثة ابلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن ، أو وفاة الولى أو الوصى اوالقيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من الوفاة .

وعلى الأقارب ابلاغ النيابة العامة خلال ذات المدة عن فقد أهلية أوغياب أحد أفراد الأسرة إذا كان مقيماً معهم فى معيشة واحدة .

ستة وثلاثون – الابلاغ عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية – نصت المادة ٢٨ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على الزام الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات بابلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية ، وعلى الزام السلطات الادارية بذلك أيضاً .

سبعة وثلاثون – انفصال الحمل المستكن – نصت المادة ٢٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن على الوصى على الحمل المستكن ابلاغ النيابة العامة بانقضاء مدة الحمل أو انفصاله حياً أو ميتاً .

ثمانية وثلاثون – عقوبات عدم الابلاغ – تنص المادة ٣٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب مخالفى ابلاغ النيابة العامة المشار إليهم فى المواد ٢٧ و٢٨و ٢٩ من هذا القانون بالغرامة من ٥٠ جنيه إلى ١٠٠جنيه ، وإذا كان عدم الابلاغ بقصد الإضرار بعديم الأهلية أو ناقصها أو

الغائب أو غيرهم من ذوى الشأن تكون العقوبة : الحبس مدة لا تزيد على سنة ، والغرامة من ١٠٠ جنيه إلى ١٠٠٠ جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين.

تسعة وثلاثون – اخفاء مال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب– نصت المادة ٣١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على معاقبة من أخفى ، مالاً لعديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، بالحبس .

أربعون – قيد طلبات الحجز – نصت المادة ٣٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تقيد النيابة طلبات الحجز والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه واثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو طلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه – يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص – ويقوم القيد مقام التسجيل وينتج أثره من تاريخ اجرائه متى قضى باجابة الطلب ، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائياً برفض الطلب .

واحد وأربعون – الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل وعديم الأهلية وناقصها والغائب – نصت المادة ٣٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على النيابة العامة اتخاذ الاجراءات للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، وأن تحصر موقتاً ، لهم من أموال ثابتة أو منقولة أو حقوق وما عليهم من التزامات فى محضر يوقع عليه ذوى الشأن – ولها أن تتخذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية للمحافظة على هذه الأموال وأن تأمر بوضع الأختام عليها ، ولها أن تنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين وذلك بناء على أمر صادر من قاضى الأمور الوقتية .

وللنيابة العامة أن تأذن بالصرف على جنازة المتوفى ، والانفاق ، وادارة الأعمال التى يخشى عليها من فوات الوقت .

وللنيابة العامة أن تعدل عن أى قرار اتخذته .

كل ذلك بشرط أن يتجاوز المال المطلوب حمايته ٣٠٠٠ جنيه يتعدد بتعددهم .

اثنين وأربعون – الاذن بدخول المساكن – ورخصت المادة ٣٤ من القانون ١لسنة ٢٠٠٠ – بناء على إذن مسبب من القاضى الجزئى – للنيابة العامة دخول المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ الاجراءات التحفظية المنصوص عليها فى هذا القانون ، ولها أن تندب لذلك بأمر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان أحد مأمورى الضبط القضائى .

كل ذلك بشرط أن يتجاوز المال المطلوب حماية ٣٠٠٠ جنيه تتعدد بتعددهم .

القرارات والأحكام الصادرة فى مسائل الولاية على المال والطعن فيها

ثلاثة وأربعون -سريان قواعد الأحكام على القرارات – نصت المادة ٥٢من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على سريان القواعد الخاصة بالأحكام على القرارات التى تصدر فى مسائل الولاية على المال .

أربعة وأربعون – تسبيب القرارات – نصت المادة ٥٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على وجوب ايداع أسباب القرارات القطعية قلم الكتاب الصادرة فى مواد الحجر والمساعدة القضائية والولاية والغيبة والحساب والاذن بالتصرف وعزل الوصى والقرارات الصادرة وفقًا لأحكام المادة ٣٨ من هذا القانون ، فى ميعاد ثمانية أيام من تاريخ النطق بها إذا كانت صادرة من المحكمة الجزئية ، وخمسة عشر يوماً إذا صدرت من غيرها .

وفيما عدا ذلك يجوز للمحكمة تسبيبها أو بالاكتفاء بالتوقيع على محضر الجلسة المشتمل على المنطوق .

خمسة وأربعون -قرارات أول درجة الواجبة النفاذ ، والغير واجبة النفاذ – تقضى المادة ٥٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن القرارات الصادرة من محكمة أول درجة الصادرة بصفة ابتدائية تكون واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها.

ما عدا تلك الصادرة فى المسائل الآتية :

١- الحساب ورفع الحجر وانهاء المساعدة القضائية .

٢- رد الولاية وإعادة الاذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الادارة.

٣- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية.

٤- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب .

وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل فى الطعن .

ستة وأربعون -القرار النهائى فى الأوقاف - نصت المادة ٥٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يكون قرار المحكمة نهائيًا فى تصرفات الأوقاف بالاذن بالخصومة أو فى طلب الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو تغيير المعالم أو طلب الاستبدال أو بيع العقار الموقوف لسداد دين - إذا كان موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد على ٥٠٠٠ جنيه .

سبعة وأربعون -طرق الطعن - نصت المادة ٥٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن طرق الطعن فى الأحكام والقرارات المبينة فى هذا القانون هى :

الاستئناف والنقض والتماس اعادة النظر وتتبع فيما لم يرد فيه نص خاص القواعد والاجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات بعد النص فى المادة الرابعة من اصدار هذا القانون (١ لسنة ٢٠٠٠) على الغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، يكون طريق المعارضة قد ألغى بالتالى حسبما نصت على ذلك المادة ٥٦ المشار إليها .

وذلك مسايرة لما نص عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية ، حيث نظم أحكام الطعون الثلاثة وحدها : الاستئناف والالتماس والنقض .

ثمانية وأربعون -الطعن بالاستئناف من النيابة - نصت المادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للنيابة العامة فى جميع الأحوال الطعن بالاستئناف فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب

القانون أو يجيز تدخلها فيها ، وتتبع فى ذلك أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية .

حكم هذه المادة مستحدث .

وتنظر بوجه خاص المادة ٢٣٦ فقرة ثانية من قانون المرافعات والمادة ٢٤٠ والمادة ١٢٦ منه .

تسعة وأربعون –نظر الاستئناف والطلبات الجديدة – نصت المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الاضافة إليها ، كما يجوز ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة .

وفى الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسباً على الأسباب أو الطلبات الجديدة (١) .

خمسون – طرح ما فصل فيه الحكم المستأنف على محكمة الاستئناف – نصت المادة ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يترتب على الطعن بالاستئناف فى الحكم القطعى الصادر وفقاً لحكم المادة ١٠ من هذا القانون طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف ، وحتى تصدر هذه المحكمة حكمها النهائى يجوز لها اصدار مؤقت واجب النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة أو تعديل النفقة التى قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان (٢) .

واحد وخمسون–استئناف المواد المرتبطة–نصت المادة ٦٠ من

---

(١) يراجع ما ورد سابقًا عند الكلام عن الأحكام الجديدة فى القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، وبخاصة عن الطلبات الجديدة فى الاستئناف .

(٢) أنظر – سابقاً – البند السابع عشر .

القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه مع عدم الاخلال بحقوق الغير حسن النية يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر فى مادة من مواد الولاية على المال ، استئنافًا للمواد الأخرى التى لم يسبق استئنافها وترتبط بالحكم أو القرار المستأنف ارتباطًا يتعذر معه الفصل فى الاستئناف دون اعادة الفصل فيها .

اثنين وخمسون – ميعاد الاستئناف – نصت المادة ٦١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن ميعاد الاستئناف ستون يومًا لمن لا موطن له فى مصر دون اضافة ميعاد مسافة (١) .

ثلاثة وخمسون – من لهم حق الطعن بالنقض فى الأحكام والقرارات – تنص المادة ٦٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للخصوم والنيابة العامة الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، كما يكون لهم الطعن فى القرارات الصادرة من هذه المحاكم فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب .

أربعة وخمسون – تنفيذ أحكام التطليق – نصت المادة ٦٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن لاتنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض . فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ ايداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه . وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل فى الموضوع .

---

(١) قارن نص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حيث تحدد ميعاد الاستئناف أربعين يومًا فقط و١٥ يومًا للمواد المستعجلة و٦٠ يوماً من النائب العام أو من يقوم مقامه .

هذا النص مستحدث (١).

عالج بموجبه مشكلات كثيرة ، فقد كان المأذون يعقد زواج المحكوم بتطليقها على زوج آخر متى قدمت له حكماً نهائياً (أى صادراً من محكمة الاستئناف) إعمالاً للمادة ١/٣٦ من لائحة المأذونين دون انتظار للفصل فى النقض أو فوات مواعيده . وقد يحدث أن يتم نقض الحكم ، فى وقت تكون المطلقة قد أنجبت عن زوجها الثانى . ومن هنا ثارت المشاكل فالزوج السابق يطلب التفريق بين الزوجين (٢) .

خمسة وخمسون – التماس اعادة النظر – نصت المادة ٦٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يجوز التماس اعادة النظر فى مسائل الولاية على المال إلا فى القرارات الانتهائية الصادرة فى المواد الآتية :

١ – توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو اثبات الغيبة .

٢ – تثبيت الوصى المختار أو الوكيل عن الغائب.

٣ – عزل الوصى والقيم والوكيل أو الحد من سلطته .

٤ – سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها .

٥ – أستمرار الولاية أو الوصاية على القاصر

٦ – الفصل فى الحساب

تنفيذ الأحكام والقرارات

ستة وخمسون – الأحكام والقرارات الواجبة التنفيذ – نصت المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الأحكام والقرارات الصادرة

---

(١) أنظر ما ورد فى البند ٩ بياناً لما تضمنه القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ من الغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، وكتابنا : شرح لائحة المأذونين والموثقين المنتدبين – ط١ و ط٢ – ص١١٩ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢ – الطعن ٣٢٨ لسنة ٦٤ ق (احوال شخصية – وكانت الزوجة تزوجت بزوج جديد عقب الحكم فى الاستئناف . وقد قضى بنقضه.

بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة .

سبعة وخمسون – تنفيذ أحكام ضم الصغير جبراً – نصت المادة ٦٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على جواز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا .

ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ما ينص عليه القانون من اجراءات .

ويراعى فى جميع الأحوال أن يتم اجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ .

ويجوز اعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضت الحال ذلك .

ثمانية وخمسون – مكان رؤية الصغير – نصت المادة ٦٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الحكم الصادر برؤية الصغير ينفذ فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية ، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه حكم الرؤية على مكان أخر .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير .

تسعة وخمسون – وضع الصيغة التنفيذية – نصت المادة ٦٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

ستون – جهات التنفيذ واجراءاته – نصت المادة ٦٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قراراً باجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ، ومن يناط به ذلك .

واحد وستون – قرار النيابة العامة بتسليم الصغير – نصت المادة ٧٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز للنيابة العامة ، متى

عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء ، أو طلبت حضانته مؤقتًا من يرجح الحكم لها بذلك ، أن تصدر بعد اجراء التحقيق قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها .

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ، ويكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير .

هذا الحكم الذى يتضمنه النص مستحدث .

اثنان وستون – نظام تأمين الأسرة – نصت المادة ٧١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على انشاء نظام من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى .

ويصدر بقواعد هذا النظام واجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

هذا الحكم مستحدث .

ثلاثة وستون – فى أداء بنك ناصر للنفقات – نصت المادة ٧٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقاً للقواعد والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

أربعة وستون – قيام الوزارات والمصالح والهيئات بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها لحساب بنك ناصر الاجتماعى – نصت المادة ٧٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وادارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وايداعها خزانة البنك فور

وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء أخر .

خمسة وستون – المحكوم عليه بالنفقة من غير ذوى المرتبات– نصت المادة ٧٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل اقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر ، متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء .

ستة وستون – استيفاء بنك ناصر ما أداه من نفقات وأجور ومصروفات – نصت المادة ٧٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠ على أن لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها ، وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقتها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها .

سبعة وستون – نسب ما يجوز الحجز عليه من المرتبات وفاء للنفقة وما فى حكمها – نصت المادة ٧٦من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، فى حدود النسب التالية :

٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة . وتكون ٤٠ ٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة.

٢٥ ٪ للوالدين أو أيهما .

٣٥ ٪ للولدين أو أقل .

٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

٥٠ ٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة عن ٥٠ ٪ تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

ثمانية وستون – عند التزاحم – نصت المادة ٧٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه عند التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة

الزوجة أو المطلقة فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

تسعة وستون – الاشكال – نصت المادة ٧٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يترتب على الاشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة ٧٧ وقف اجراءات التنفيذ .

سبعون – العقوبات – نصت المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب الحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون (١ لسنة ٢٠٠٠) بناء على اجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك .

وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع الزامه بردها وذلك مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر .

ملاحظات هامة

أولاً – نصت المادة الرابعة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على الغاء بعض القوانين واللوائح .

ثم وضعت فقرتها الأخيرة الاطار العام فيما يجب العمل به حيث قالت:

(كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق) .

ثانياً – خرجت من دائرة الالغاء قوانين الأحوال الشخصية التالية :

١– القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل .

ومن ثم تظل أحكامه التى لا تخالف القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ سارية المفعول (١) .

---

(١) انظر شرح أحكام هذا القانون ،ونصوصه ، فى القسم الأول من هذه الموسوعة .

٢- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل .

ومن ثم تظل أحكامه التى لا تخالف القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ سارية المفعول (١) .

٣- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام القانونين ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ومن ثم تظل أحكامه التى لا تخالف القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ سارية المفعول (٢) .

٤- لائحة المأذونين الصادرة عام ١٩٥٥ ، ولائحة الموثقين المنتدبين الصادرة عام ١٩٥٥ المعدلتين (٣) ومن ثم تظل ساريتان حتى يصدر قرار وزير العدل بتنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال (المادة الخامسة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

٥- أن الأحكام فى مسائل الأحوال الشخصية تصدر - وفقًا لنص المادة الثالثة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة (٤) .

٦- القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المعدل بشأن الولاية على المال .

٧- القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن سلب الولاية .

٨- القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث .

٩- القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية .

١٠- القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف .

---

(١) أنظر شرح هذا القانون ، ونصوصه فى القسم الأول من الموسوعة .

(٢) أنظر شرح هذا القانون ، ونصوصه فى الكتاب الثالث من الجزء الثانى من الموسوعة .

(٣) أنظر شرح هاتين اللائحتين فى نصوصهما فى القسمين الأول والثانى من الموسوعة .

(٤) هذا المبدأ كان منصوصاً عليه فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى نصت المادة الرابعة من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على الغائها .

بالنسبة للقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠

ما كاد يصدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع واجراءات الأحوال الشخصية - فى ٢٠٠٠/١/٢٩ ويوضع موضع التنفيذ ، حتى صدر فى ٢٠٠٠/٥/١٨ القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ معدلاً لبعض أحكامه .

وكانت المادة الرابعة من اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد نصت على الغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وكان من بين الأحكام التى تنظمها تلك اللائحة التنفيذ بنفقة الزوجة والأولاد والأقارب والأجور بطريقة حبس المحكوم عليه بها الذى تنص عليه المادة ٣٤٧ منها .

فقد تضمن القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ تنظيماً لحبس المحكوم عليهم بالنفقات والأجور وما فى حكمها ، وأحكامًا فى جريمة هجر العائلة المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، وكيفية التنفيذ بأحكام كل منها أو كليهما ، ومن ثم فقد أعاد العمل لحبس المحكوم عليهم بالنفقات والأجور ، تمكيناً للمحكوم لهم من الحصول عليها .

ولما كان القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ قد ضمن المادة ٧٦ مكرراً التى أضافها للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أحكاماً مماثلة . لما كانت تنص عليه المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية .

وكانت دعوى الحبس ما هى إلا طريقاً من طرق الاكراه البدنى لاجبار المحكوم عليه بالنفقة أو الأجور أو ما فى حكمها على التنفيذ ، فإن موضع هذا البحث الطبيعى هو التنفيذ بأحكام النفقة والأجور وما فى حكمها .

ولذلك أثرنا أن ينظر بحث أحكام القانون ٩١ لسنة ٢٠٠ فى مكانه الطبيعى (١) .

---

(١) انظر - لاحقًا - شرح القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ بالجزء الثانى من هذه الموسوعة صفحة ٤٦٢ وما بعدها .

نظرية الدعوى الشرعية

- سمات الدعوى الشرعية وذاتيتها ، والأحكام العامة فى المرافعات .
- شروط قبول الدعوى ، وأحكام سماعها ، والجواب عنها ، وتقدير قيمتها ، ورفعها وقيدها .
- الإختصاص الولائى ، والنوعى ، والمحلى .
- حضور الخصوم ، وغيابهم ، وتدخل النيابة العامة .
- إجراءات الجلسات ، ونظامها .
- الدفوع ، والإدخال ، والطلبات العارضة ، والتدخل .
- وقف الخصومة ، وإنقطاعها وسقوطها ، وانقضائها بمضى المدة ، وتركها .
- عدم صلاحية القضاة ، وردهم ، وتنحيهم .

الأحكام العامة فى المرافعات الشرعية

تمهيد :

٤٧- ذكرنا فى مدخل البحث أن المشرع الثورى حين أصدر قوانين إلغاء المحاكم الشرعية والملية كان يهدف إلى تحقيق الإصلاح بين جهات القضاء من ناحية وبين رجال القضاء من جهة أخرى ، واضعًا بتلك التشريعات أول علامة ثورية على طريق التوحيد والمساواة ، ومحققاً بها حلمًا سعيداً راود المخلصين الشرفاء من رجال القضاء من أكثر من ربع قرن من الزمان (١) ، فقد كانت تلك الجهات الملغاة بإجراءاتها محل إستياء المتقاضين وشكاياتهم ، فرأت حكومة الثورة فى نهاية عام ١٩٥٥ - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وبحق - أن تعالج الأمر علاجاً يحسم أسباب الشكوى ويبسط ظل الإصلاح بتوحيد نظام القضاء والمحافظة على الحقوق وصيانتها ، وتوزيع العدالة توزيعاً يظفر بثقة المتقاضين ويضع حداً للحالة المتقدمة فى أدق العلاقات وتؤثر فى أخلاق الأفراد والأداة الإجتماعية .

ولقد نص القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الخاص بتعديل بعض أحكام

---

(١) لقد كتب قاض شرعى فاضل وفقيه وعالم كبير هو المرحوم الشيخ أحمد محمد شاكر فى ١٨ يوليو سنة ١٩٤١ منادياً بالعمل بجد وحزم وجرأة مع حكمة وأناة ، فى سبيل توحيد القضاء ، بمزج القضائين الشرعى والأهلى فى هيئة واحدة ، على قدم المساواة والعدل بين الفريقين ، ليكمل كل منهما ما فى الآخر من نقص - كما قال فى محاضرة يوم الخميس ٦ ربيع الأول سنة ١٣٦٠ هجرية الموافق ٣ إبريل سنة ١٩٤١ - ثم وجه سيادته القول إلى رجال القانون قائلاً : انتم أعلم بأسرار القوانين منا ، ونحن أعلم بالكتاب والسنة وأسرار الشريعة منكم ، فإذا تعاونا أخرجنا الآثار » . وإستطرد - رحمه الله - قائلاً :

« ليكون هذا تمهيداً لتعديل القوانين كلها على أساس الشريعة الإسلامية بالطريق الذى رسمته فى محاضرتى ، فنحكم الأمة كلها بقانون واحد وبقاض واحد » .

(يراجع كتابنا : أبحاث فى أحكام ، فقه وقضاء وقانون - مطبعة المعارف ومكتبتها - ١٩٤١ -ص٤٧) .

القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء ، وهو – أى القانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ أحد القوانين التى صدرت مع قانون إلغاء المحاكم الشرعية والملية – قد نص على أن الإختصاص بالفصل فى المنازعات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية وجميع الجرائم ، ينعقد للمحكمة المدنية إلا ما إستثنى بنص خاص . وبإلغاء المادة ١٦ من قانون نظام القضاء التى كانت المحاكم المدنية بمقتضاها ممنوعة من نظر مواد الأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه التى تختص بنظر منازعاتها الشرعية الملغاة .

وجاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية وبإحالة القضايا التى كانت منظورة إلى المحاكم المدنية إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦ (م١منه) ، وعلى أن ترفع الدعاوى والتى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية والملية إلى المحكام المدنية إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦(م٣) ، وعلى تشكيل دوائر بالمحاكم المدنية الجزئية والإبتدائية والإستئنافية والنقض وأن تشكل من مستشارين وقضاة ورؤساء ، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من رجال القضاء الشرعى (م٤) .

وجاءت المادة ٥ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لتقرر بإتباع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والقوانين المكملة لها(١).

كما نصت المادة ٦ منه على أن الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية تصدر طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة ، ونص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فهو تأكيد وترديد لما تضمنته المادة ٨٣٠ من اللائحة الشرعية .

---

(١) كما يسرى قانون المرافعات المدنية أيضاً بالنسبة لما يستجد من إجراءات بعد إحالة الدعاوى الشرعية إلى المحاكم المدنية (نقض – جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٨ مدنى – ص١٩٤ وما بعدها) .

ونصت المادة ٧ منه على إختصاص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقًا للمدون باللائحة الشرعية ما عدا دعوى النسب في غير الوقف ، والطلاق والخلع ، والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها فإنها من إختصاص المحاكم الإبتدائية .

كما نصت المادة ١٢ من القانون المذكور على إلغاء المواد الآتية من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : من ١ إلى ٤ ومن ١١ إلى ١٩ ومن ٢٩ إلى ٥١ ومن ٥٣ إلى ٩٧ ومن ١٠٠ إلى ١٣٦ ومن ١٣٨ إلى ١٧٨ والمادة ١٨٠ والمادة ١٨٢ إلى ٢٨٩ ومن ٣٢٨ إلى ٣٤٢ والمواد ٣٤٨ و ٣٥١ و ٣٥٢ .

٤٨- يظهر من النصوص السابقة أن هناك مواداً من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيما يتعلق بإجراءات التداعى وإجراءات المرافعات والإثبات والإختصاص ما زالت قائمة ، وفى نفس الوقت قد أصبح قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - اللذان حلا محل قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ المشار إليه فى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية - أصبحا القانونين الواجبى التطبيق ، فى غير الحالات الواردة فى اللائحة الشرعية والقوانين المكملة لها (١) .

أولاً : سمات الدعوى الشرعية :

٤٩- تتميز الدعوى الشرعية بسمات تنفرد بها ، وقد كانت اللائحة الشرعية تتضمن أحكاماً وإجراءات لم يكن لها نظير فى قانون المرافعات، ولعل ذلك كان راجعًا إلى ما لتلك الدعاوى من طبيعة ذاتية ، وتناولها للإنسان منذ كان جنيناً حتى ما بعد وفاته وتوزيع تركته وتنفيذ وصاياه ، وإتصالها المباشر بعلاقات الزوجين والأقارب والأولاد فى أخص خصائص تلك العلاقات .

---

(١) وكان الشيخ محمد بخيت مفتى الديار المصرية السابق ، وقد قنن مشروعاً لقانون المرافعات الشرعية نشرت مواده فى مجلة المحاماة الشرعية - السنة ٢- العدد ٢ - ص١١٦ وما بعدها والعدد ٣ من نفس السنة - ص٢٣٧ وما بعدها ، والعدد ٤ من نفس السنة - ص ٢١٠ وما بعدها ، والعدد ٥ من نفس السنة - ص٤٢٤ وما بعدها.

ولقد إحتفظت الدعوى الشرعية - برغم صدور قوانين التوحيد وتطبيق قواعد المرافعات المدنية والإثبات - بسماتها وذاتيتها ، لأن بعض أحكام اللائحة الشرعية والقوانين المكملة لها التى كانت تحكم أصول المرافعات فى الدعاوى الشرعية قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ مازال معمولاً بها حتى الآن (م٥ق٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ، ولأن تلك الذاتية الخاصة للدعوى الشرعية لا نجد لها فى قانونى المرافعات والإثبات - اللذين يحكمان المعاملات المدنية والتجارية خاصة - أصولاً تحكمها ، ومن ثم كان لزاماً بيان هذه الأحكام المميزة .

إلتزام القاضى الشرعى بالصلح بين الخصوم :

٥٠- كان الرسول عليه الصلاة والسلام يوجب الصلح بين المتخاصمين ، وقد نقلت اللائحة الشرعية هذه القاعدة الأصلية فى المادة ٨٢ الملغاة حيث قررت :

« يراعى بقدر الإمكان فى سماع الدعوى ترتيبها فى قائمتها » « **ويبدأ بالسعى فى الصلح بين الخصوم** » ، ذلك أن المطلوب شرعًا من القاضى أن يعرض الصلح على الخصوم لأنه أقطع للنزاع وأحفظ للروابط(١) .

فلا يسمع القاضى دعوى بصلح باطل ، ولا دعوى فقدت شرط الإلزام على فرض ثبوت الحق (٢).

٥١- وقد إستحدث قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٦٤ منه نظام مجالس الصلح تتولى الصلح بين الخصوم ، كما صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٧٣ لسنة ١٩٦٨ بتنظيم مجالس الصلح ، على أن يرأسه أحد وكلاء النيابة العامة ضماناً لتمثيل العنصر القضائى ، وعضوية إثنين من المواطنين الصالحين يختارهم الإتحاد الإشتراكى العربى، بحيث تحال الدعوى إلى المحكمة الجزئية لجلسة تحدد فى قرار

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية.

(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/٢٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - ص٢٤٧.

الإحالة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ، فى حالة عدم تمام الصلح ، وإستلزمت المادة ٦٤ مرافعات عرض جميع الدعاوى الجزئية التى تكون من إختصاص المحاكم الجزئية التى ينشئها وزير العدل بدائرتها ، ويقتصر إختصاص مجالس الصلح هذه على التوفيق بين الخصوم مما ينتفى معه مجال المفاضلة بينهم ، بحيث لا تخل مرحلة الدعوى أمامه بحقهم فى إبداء ما لديهم من دفوع أمام المحكمة عند إحالة المجلس الدعوى إليها (١) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الدعاوى التى تختص بها المحاكم الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على النفس) طبقاً للمواد ٥ و٦ و٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تخضع لنظام مجالس الصلح ، وذلك متى كان الصلح فيها غير ممتنع إعمالاً للمادتين ٣ و ٥ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (٢) .

ما الحكم بالنسبة للمحاكم التى لم يصدر بدائرتها بعد تشكيل مجالس الصلح ؟

٥٢– الذى نراه أنه متى تعذر على المحكمة الجزئية الصلح بين المتخاصمين ، وكان حسم النزاع بينهما ضرورياً لحسن سير العلاقات بينهم وتصفية الخصومة رعاية لأواصر الصلة بينهم « كزوجين لهم أولاد ، أو أخوة ، أو جيران ، إلخ » أن تحيل النزاع إلى لجنة المصالحات بالإتحاد الإشتراكى المختص لإجراء الصلح بينهم ، وتكليف قلم الكتاب إليه ، وتأجيل نظر الدعوى إلى جلسة مقبلة حتى يتم الصلح ، تجسيداً لدور القاضى فى المجتمع الإشتراكى ، الذى يقوم على دعائم من بينها فض

---

(١) تراجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى شأن المادة ٦٤ ، وكذلك المذكرة الإيضاحية للقرار الجمهورى رقم ١١٧٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٢) أنظر فى التعليق على مجالس الصلح : تقنين المرافعات – للأستاذ كمال عبد العزيز – ص١٨ وما بعدها ، والوسيط فى المرافعات – للدكتور رمزى سيف – ص٥٢٥ وما بعدها ، والمستحدث فى قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – ص٨٣ .

المنازعات بين الجماهير ، وفض المعارك الجانبية التى تعوق حركتهم نحو النهوض بالإنتاج (١) .

سرية الجلسات مراعاة لخدمة الأسرة :

٥٣- من المبادىء المقررة فى المرافعات بصفة عامة أن المرافعة تكون علنية ، ما لم تر المحكمة - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - إجراءها سراً محافظة على النظام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة «م١٠١ مرافعات جديد المقابلة للمادة ١٢١ من قانون المرافعات الملغى» .

وهذا المبدأ (مراعاة حرمة الأسرة) كانت تنص عليه المادة ٨٤ من اللائحة الشرعية ، وذلك صيانة لكرامة الأسرة من أن تعرض أحوالها الخاصة فى جلسة علنية (٢) .

وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية . أما المادة ٤ من مشروع قانون إجراءات التقاضى فتقضى على أن تنظر المحاكم جميع مسائل الأحوال الشخصية فى جميع مراحل التقاضى فى غرفة المشورة .

أهلية سماع دعوى الزوجية :

٥٤- تنص الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية المعدلة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٥١ (٣) على أنه :

« ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشر سنة هجرية ، أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا » .

فقد كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة ، وثمانى عشرة سنة للزوج سواء كانت

---

(١) وقد أقرت الوزارة برنامجاً لوزارة العدل بتطوير نظام مجالس للصلح كمدخل لمساهمة الشعب فى العدالة ، على أن تسمى تلك المجالس (مجالس الفصل فى المنازعات) ، وعلى أن تخص بالفصل فى بعض المنازعات المتعلقة بالعمل والأحوال الشخصية والمطالبات والمنازعات التى لا تجاوز قيمتها عشرين جنيهاً ، وأن تبدأ التجربة فى محافظة القليوبية فى يناير سنة ١٩٧٤ .

(٢) شرح لائحة الإجراءات الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٣ - ص ١٩ و ٢٠ .

(٣) نشر بالوقائع المصرية - فى ١٩٥١/٦/٧ - العدد ٥٠ .

سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد ، فرئى تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق وإحتراماً لآثار الزوجية أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة (١) .

والعبرة بسن الزوجة حين الدعوى لا بسنها عند العقد عليها وتحسب السن بالتقويم الهجري خلافاً لما تقضى به المادة ٣ مدنى (٢) .

والمقصود بدعوى الزوجية فى المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية عام، تشمل دعوى عقد الزواج ، أو أى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو الصداق أو الميراث ، والنهى عن السماع تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق وإحتراماً لآثار الزوجية أن يقتصر فى هذه الفقرة غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، بل هو نهى مطلق ، فلا يجوز سماع الدعوى سواء كان المدعى عليه منكراً للزوجية أو معترفًا بها ، لأن النهى عن سماع هذا النوع من الدعاوى ليس للدافع إليه الرغبة فى محاربة التزوير والتلاعب حتى يقيد بحالة الإنكار كما هو الحال فى النهى المنصوص عليه فى الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ ، وإنما الدافع إليه هو أن ولى الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار إجتماعية فمنع سماع دعاوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ سنة أو سن الزوج تقل عن ١٨ سنة وقت رفع الدعوى وما دام هذا هو الغرض من منع سماع الدعوى فسيان إقرار المدعى عليه بالزوجية وإنكاره إياها (٣) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية حول المادة ٩٩.

(٢) قارن المادة ٣٣ (١) من لائحة المأذونين ، والكتاب الدورى رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٧ فى ١٩٦٣/٦/١٩ المبلغ لنيابات الأحوال الشخصية .

(٣) طنطا الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١٠/١٣ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – ص٨٥٧ ، والمنيا الشرعية – جلسة ١٩٢٧/١٢/٢٥ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢–٤–٩٥ ، ومصر الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤١/٣/١٩ – المحاماة الشرعية ١٢–٧–ص٦٦ ، والعليا الشرعية – جلسة ١٩٤١/٣/١٤ المرجع السابق – السنة ١٣ العدد ١ و ٢ و ٣ – ص٧ .

كما أن العبرة فى سماع دعوى الزوجية بسن الزوجة حين الدعوى ، لا بسنها عند العقد عليها (١) .

وإذا توفيت زوجة قبل بلوغها السادسة عشرة من عمرها ، فإن دعوى الإرث المرفوعة من زوجها تكون مسموعة ، ولا تنطبق عليها الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية (٢) .

٥٥- وقد إختلف قضاء المحاكم الشرعية فى تفسير المقصود بـ(دعوى الزوجية) المنصوص على عدم سماعها إذا قلت سن الزوجة عن ست عشرة سنة أو سن الزوج عن ثمانى عشر سنة ، الوارد بالفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - إختلف إلى رأيين :

أما المادة ٢ من مشروع قانون إجراءات التقاضى فتقضى بأن أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تثبت لمن بلغ خمس عشرة سنة ميلادية كاملة .

٥٦- رأى (٣) - يذهب إلى أن المقصود به الدعوى التى يطلب فيها الحكم بالزوجية ، أما القول بأن المنع من السماع يشمل الحقوق التى تكون الزوجية سبباً فيها (كالنفقة ، والطاعة) ، فلا يصح الأخذ به ، لأنه توسع فى نص القانون الصريح وهو لا يحتمله ، لأن الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ المذكورة إستثناء من أصل جواز السماع ، فيجب الإقتصار فيه على موضع النص وموضع النص دعوى الزوجية وليس غيرها .

---

(١) فارسكور الشرعية - جلسة ١٩٣٤/٥/١٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٦ ص٢٨٢ وما بعدها .

(٢) فتوى الشيخ حسن مأمون - فى ١٩٥٦/٢/٩ - رقم ٥٨٠ سجل ٧٤ .

(٣) من انصار الرأى الأول : المنيا الشرعية - جلسة ١٩٣٧/١٢/٢٥ - القضية ١٣ سنة ١٩٣٧ - المحاماة الشرعية - السنة - ١٢ - العدد ٤ - ص٩٥ ، وبنى سويف الشرعية - جلسة ١٩٣٠/٧/١٢ - القضية ٣٣٩ سنة ١٩٢٩ مستأنف - المرجع السابق - ص٤١٢ ، وشبراخيت الشرعية - جلسة ١٩٢٩/٩/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١ - ص٩١٦ .

وإستند أصحاب هذا الرأى إلى الحجج التالية :

١- أن العرف القانونى والقضائى جرى على تسمية الدعوى التى فيها فرض للنفقة بسبب الزوجية :

(دعوى نفقة) ، والدعوى التى يطلب فيها الحكم بالطاعة : (دعوى طاعة) ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ جرى على ذلك ، فعبر تارة فى جانب المنع من السماع بدعوى الزوجية ، وتارة أخرى بدعوى النفقة (كالفقرة السادسة من المادة ٩٩) ، وقيد المنع بعدم سماع دعوى الزوجية فى الفقرتين الأولى والرابعة بحالة الإنكار ، وكذلك فعل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث نص فى المادة ١٧ منه على ألا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، مع أن هذه الدعوى سببها الزوجية .

٢- أنه لو جاز العمل بالمنشور رقم ٢٩ سنة ١٩٣١ -(المتضمن أن المنع من السماع يشمل الحقوق التى تكون الزوجية سبباً فيها كالنفقة والطاعة) - لوجب ألا تسمع دعوى الطلاق ودعوى الأم رد ولدها الرضيع إليها إذا ظهر للمحكمة أن سن المدعية أقل من ست عشرة سنة ، ولو إعترف المدعى عليه بالدعوى ما دام المنع من السماع من النظام العام .

٣- أن هذا النص ، كما يرى من عبارته : (لا تسمع دعوى الزوجية) خاص بالمنع من سماع دعوى الزوجية فقط بالقيود المبينة فيه ولا يشمل دعاوى الحقوق المترتبة عليها لوجود الفوارق الشرعية والقانونية بين دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب كدعوى النفقة . فشهادة الإستفسار (الإستكشاف) كافية شرعًا فى الحكم بالنفقة بينما هى لا تصلح للحكم بالزوجية .

٤- أن القضاء بالنفقة شرعًا ليس قضاء بالزوجية أما التفرقة من الوجهة القانونية بين الدعويين (دعوى النفقة ودعوى الزوجية) فإن دعوى الزوجية هى التى يطلب الحكم فيها بثبوت الزوجية ، فكون الزوجية هى محل النزاع بين الخصمين ، وما يطلب الحكم به بخلاف دعوى النفقة فهى التى يطلب الحكم فيها بغرض نفقة حتى لو أنكرت الزوجية فى دعاوى النفقات صارت الدعوى دعوى زوجية ، ولو أراد واضع القانون أن تكون

الفقرة المذكورة عامة تشمل دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب عليها كالنفقة ، لأنى فى صيغة الفقرة بعبارة تشمل ذلك كعبارة : (لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى حق مترتب عليها) مثلاً .

٥- أن صيغة المشرع إقتصرت على عبارة : (لا تسمع دعوى الزوجية)، والإقتصار هنا متعين ، خصوصاً إذا لوحظ أن فى الإقتصار على النص دفع الحرج عن المتقاضين ، لذلك كان المنع من سماع الدعوى المبين بالفقرة المذكورة خاصًا بالمنع من سماع التى يطلب الحكم فيها بثبوت الزوجية فقط.

٥٧- بينما ذهب رأى آخر [1] إلى أن النهى عن سماع دعوى الزوجية هو نهى مطلق غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، وأن المقصود بدعوى الزوجية فى القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج وأى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو الصداق أو الميراث .

وإستند أصحاب هذا الرأى إلى الحجج التالية :

١- أن النهى عن السماع فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، بل هو نهى مطلق فلا يجوز سماع تلك الدعوى ، لأن النهى هنا ليس الدافع إليه الرغبة فى محاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بحالة الإنكار من المدعى عليه ، وإنما الدافع إليه هو أن ولى الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار إجتماعية .

٢- أن البعض قصر هذا النهى على دعوى عقد الزواج فقط وإستباح أن يفهم أن المنهى عن سماعه فى هذا القانون هو إدعاء عقد الزواج ليس إلا،

---

(١) من أنصار الرأى الثانى : طنطا الشرعية - جلسة ١٣/١٠/١٩٣٠ - القضية ١٩٦٥ سنة ١٩٢٩ - المحاماة الشرعية - ٢- س١٨٥٧ ومصر الشرعية - جلسة ١٩/٣/١٩٤١ - القضية ٦١ سنة ١٩٤٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٢ - س٦٦ وكوم أمبو الشرعية - جلسة ٢٨/٥/١٩٣٩ - المرجع السابق - السنة ١١- العدد ٦ - س٨٨ ، وسنورس الشرعية - جلسة ٢٠/١/١٩٣١ - المرجع السابق - السنة ٣ - ص٥٢٩ .

أما ما يترتب على عقد الزواج من آثار - وما أكثرها - فالدعوى بها - فى نظرة - مسموعة والنهى لم يشملها ، وبناء على رأيه هذا لا مانع من سماع دعوى النفقة والطاعة والصداق والميراث وغير ذلك من آثار عقد الزواج ولو كانت سن أحد الزوجين وقت الدعوى تقل عن السن المحددة فى القانون ، لأن هذه الدعاوى - فى - لا تسمى دعاوى زوجية بل تسمى دعاوى نفقة أو طاعة أو صداق أو ميراث ، وهذا التفسير خطير جداً لأن عقد الزواج غير مقصود لذاته بل لما يترتب عليه من آثار ، فمدعى الزواج لا يقصد بدعواه ولا يستفيد منها إلا آثاره المترتبة عليه ، وولى الأمر أبعد نظراً من أن يكون مقصده من هذا القانون النهى عن سماع دعوى النفقة والطاعة والإرث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج ، لأنه لو كان مقصده هذا لأصبح نهيه عديم الأثر والقيمة ، إذ فى إستطاعة المدعى أن يترك دعوى عقد الزواج ويدعى بما يشاء من الآثار المترتبة عليه فتسمع دعواه ويحكم له بما طلب وحسبه هذا وكفى ، ثم هو فى غنى عن الحكم له بثبوت عقد الزواج نفسه ما دام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشاء من آثار هذا العقد بدون إستثناء ، وحاشا أن يكون قصد ولى الأمر هذا العبث البعيد عن الحكمة .

٣- أن تصريح واضع القانون بالغرض من هذا النهى ، وهو إنه رأى المصلحة العامة فى تأخير عقد الزواج حتى يبلغ الزوجان السن المحددة ، منع من مباشرة عقد الزواج قبل هذه السن ، ومنع القضاء من سماع دعوى الزوجية خلافاً لذلك إلا بأمر يصدر من الشارع - هذا التصريح يدل من غير شك على أن النهى شامل الدعوى عقود الزواج وكل دعوى بحق مترتب على عقد الزواج ، وتفسير النهى بغير هذا يؤدى إلى تعطله وجعله عديم الأثر والفائدة وذلك يعد إحتيالاً لما قصده ولى الأمر عن نهيه توصلاً إلى مخالفته وهو صاحب الولاية العامة الذى يستمد منه القضاة سلطتهم ، ويجب عليهم الوقوف عند حد ما خولهم القضاء فيه دون الإحتيال لتجاوزه ، وإلا صار قضاؤهم باطلاً ، لأنهم معزولون عن القضاء فيما عداه .

٤- أن النهى عن السماع بعد وفاة أحد الزوجين من شأنه أن لا تكون الدعوى دعوى عقد زواج ، بل تكون الدعوى بحق مترتب على العقد كالميراث أو الصداق ، لأنه يمكن إدعاء عقد الزواج بعد وفاة أحد الزوجين

مـجرداً عن دعـوى حق آخر مـتـرتب على عقـد الزواج كـالصداق أو الميـراث ، ولـو أدعيت دعـوى كهذه بعـقد زواج بعـد وفاة أحد الزوجين مـجردة عن كل حق آخر لا تسمع كما هـو مقرراً فى الفقه .

٥- إنه إذا فرضنا فرض مطاولة لا فرض تسليم أن المقصود من دعوى الزوجية فى القانون دعـوى الزواج لا غـير « فـإن دعـوى النفـقة أو الطاعـة أو الصـداق أو الميراث أو غـير ذلك بسـبب الزواج هـى دعـوى عقـد زواج وزيادة ، لأن للزوجة التى تدعى النفقة على زوجها تدعى الزواج صراحة على زوجها المدعى عليه وتزيد فى ذلك دعواها إسـتحقـاق النفقـة عليه ، فـدعواها مـؤلفة من جزئين : دعوى عقد الزواج ، ودعوى إستحقاق النفقة .

٦- أن الحقوق التى تنشأ عن عقد الزواج قسمان : فما لا يتـوقف منها على ثبوت عـقد الزواج كـالنسب والمهر فإنـهما قـد يثبتـان بالوطـء بشبـهة ، فـلا شك أنه غـير منهى عن سـمـاعـهـا ولـو كـان سـن الزوجـة أقل من السن المحددة ، لأن القاضى لا يسمع ضمن الدعـوى بها دعوى الزوجية بل يسمع دعوى وطـء بشبـهة مثلاً - أمـا الحقوق التى تتوقف على ثبـوت عقد الزواج صحيح كـالنفقة والإرث فهـذه لا يجوز سماعها إلا بعد بلوغ الزوجين السن المحددة .

ونؤيد الرأى الثانى فيمـا إنتهى إليه من تقسيم الحقوق الناشـئة عن عقد الزواج إلى قسمين :

الأول - وهـو الـذى لا يتــوقـف إثبـــاته علـى إثبـــات عـــقـــد الـزواج ذاته (كالنسب ، والمهر) ، فـإن الدعوى به تكون مسمـوعة ولـو كانت سن المدعى به أقل من السن المحددة .

والثانى - وهـو الذى يتـوقف إثباته على إثبات عـقد الزواج ذاته (كالنفـقة ، والإرث ، والطاعـة) فـإن الدعوى بشـأنها لا تسـمـع إذا كـانت السن أقل من السن المحدد - وهـو ما يتفق مع قصد الشارع وينزهه عن العبث [١] .

---

(١) ينظر فى رأى الفقه والقضاء فى الأهلية بالتشريعات العربية : الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - ١ - المستشار محمد الدجوى - طبعة ١- ١٩٦٩ ص٤١ وما بعدها .

مدى سماع دعوى نفقة المدة الماضية :

٥٨- وتقضى الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية بأنه:

« ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

ولقد رئى - أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء - ألا تسمع الدعوى بنفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ولما كان فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إحتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم . رئى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً ، بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك عن طريق دفع سماع الدعوى وليس فى هذا الحكم ضرر على صاحب الحق فى النفقة ، إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضى ثلاث سنين (١) .

وترفع الدعوى بطلب نفقة المدة الماضية إستناداً إلى نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية ، والمادة السادسة منها بالنسبة للإختصاص النوعى .

وقد تكون دعوى مستقلة ، وقد تكون ضمن دعوى النفقة ، بأن تحدد المدعية (الزوجة) فى صحيفتها تاريخاً للإمتناع عن الإنفاق سابقاً على رفعها بشهر ، أو شهور ، أو سنة ، أو أقل من ثلاث سنوات .

وتثبت المدة السابقة إما بمحضر رسمى عند تحرير محضر ، أو شهادة الشهود .

ومن النادر أن تنجح الزوجة المدعية فى إثباتها ، وحتى لا يتأخر الفصل فى الدعوى خاصة إذا كان ضمنها طلب نفقة صغار - يحكم فيها عادة من يوم الحكم - تلجأ المدعية إلى قصر الدعوى بطلب الحكم لها عليه من تاريخ إيداع صحيفتها بإعتبار أن التداعى دليل على الإمتناع ، محتفظة بالحق فى رفع دعوى مستقلة بنفقة المدة السابقة على إيداع الصحيفة ، شريطة إعلان المدعى عليه بالقصر فى حالة غيابه (م٨٣ مرافعات الواجبة التطبيق) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية .

والمقصود من هذه الفقرة هو المنع من سماع دعوى النفقة التى تركت المطالبة بها أكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، وليس الغرض منها منع المطالبة بها بما يزيد على ثلاث سنين ، وجواز المطالبة بمدة ثلاث سنوات فأقل – كما يدل على ذلك صريح المذكرة الإيضاحية للقانون (١) .

أما إذا كانت النفقة مقررة ومتفق على إستحقاقها ، فإنه تجوز المطالبة بها ولو لمده أكثر من ثلاث سنوات ماضية ، ويكون الدفع بعدم السماع لا وجه له ، لأن المفروض بالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى . كما لو كان موضوع الدعوى مبنيًا على أن النفقة مستحقة فعلاً ، لرضاء المدعى عليه بتقريرها بموجب محضر الصلح الذى صدر منه (٢) .

كما أن طلب أداء ما هو مفروض بورقة عرفية عن مدة أكثر من ثلاث سنوات لا يمنع من الحكم بأدائه لقيام الورقة العرفية مقام الحكم (٣) .

٥٩– وفى مجال القوانين المكملة للائحة الشرعية نجد المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وببعض مسائل الأحوال الشخصية تنص على أن « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينًا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق » . ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .. فإذا حصل الطلاق بعد صدور حكم النفقة ، لا يترتب عليه سقوط النفقة المفروضة ، إذ الفرض يظل باقيًا حتى تنقضى العدة ولا تحتاج المطلقة إستصدار حكم جديد بعد الطلاق (٤) .

وإذا إنقضت العدة بعد الطلاق ثم عادت الزوجية بعقد جديد فلا

---

(١) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٦/١٢/٢١ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠– العدد ٤ و ٥ و ٦ –ص٢٠٤ .

(٢) الخليفة الشرعية – جلسة ١٩٣١/٤/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٣– ص٩٠١.

(٣) بنى سويف الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٢٦/٣/١٧ – المحاماة الشرعية – السنة ٨ق .

(٤) كفر الزيات الشرعية – جلسة ١٩٠٦/٦/٣٠ – مجلة الأحكام الشرعية – السنة ٢ – ص١٢٥ وما بعدها .

تستمر النفقة السابق فرضها قبل إنقضاء العدة . بل لابد من فرض جديد(١) .

كما نجد أيضًا أن المادتين ١٧ و ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية تقضيان بأحكام تتعلق بنفقة العدة والإرث وتنفيذ حكم النفقة الصادر قبل العمل بالقانون ، تحول دون التلاعب والتزوير . فنص المادة ١٧ على أنه :

« لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

كما أنه لا تسمع – عند الإنكار – دعوى الإرث بسبب الزوجة المطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق » .

فقد كان فى إستطاعة المطلقة أخذ نفقة عدة لمدة طويلة بدون حق ، ذلك أنها – إذا كانت مرضعة – فقد تدعى إن الحيض لم يأتيها طول مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك ، وبهذا تتوصل إلى الحصول على نفقة عدة مدة خمس سنين . وإذا كانت غير مرضعة قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين . ولما كان هذا الإدعاء خلاف العادة الشائعة فى النساء كثرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقات وإحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق ، لذلك رئى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاء من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزويرو الإحتيال (٢) .

كما رئى منع سماع دعوى الوراثة بسبب عدم إنقضاء العدة إذا كانت المدة بين الطلاق والوفاة أكثر من سنة سواء أكانت الدعوى من الزوجة أم من ورثتها من بعدها ، وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضاته من

---

(١) بورسعيد الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٣١/١٢/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢– ص٥٥٨ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير ، وإنما قيد عدم سماع الدعوى هنا بحالة الإنكار لأنه لا مانع شرعًا من إقرار الورثة بمن يشاركهم فى الميراث .

وتنص المادة ١٩ على أنه :

« لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق ».

٥- طلب إعتبار الدعوى كأن لم تكن بدلاً من تركها للشطب:

٦٠- تقضى المادة ١٠٨ الملغاة من المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية بأنه :

« إذا لم يحضر المدعى ولا وكيله فى الخصومة فى الوقت المعين وحضر المدعى عليه أو وكيله قبل سماع الدعوى فله أن يطلب إعتبار القضية كأن لم تكن . وكذلك تعتبر المحكمة القضية كأن لم تكن إذا حضر المدعى عليه أو وكيله وقررت المحكمة سماع الدعوى ولم يدع ولم يبد عذراً مقبولاً سواء أحضر المدعى عليه أم لم يحضر لا هو ولا وكيله » .

فقد كان شطب القضية لا يضير المدعى ولا يحمله على متابعة قضيته إذ يمكنه تجديدها برسم قليل ، وكان فى طلب منع التعرض تكليف للمدعى عليه إقامة دعوى ، لذلك رئى إختصار هذه الإجراءات وإعطاء المدعى عليه الحق دائماً فى إعتبار القضية كأن لم تكن .

وكذلك الشأن إذا سمعت الدعوى والجواب عنها ولم يدفعها المدعى عليه بدفع يعتبر دعوى مستقلة ثم غاب المدعى فى أية جلسة بعد ذلك فللمدعى عليه طلب إعتبار القضية كأن لم تكن (م ١٠٩ من اللائحة الشرعية) .

والفرق بين الشطب وإعتبار الدعوى كأن لم تكن أن الشطب لا يلغى الإجراءات التى سبقته فيصير إعلان الدعوى حافظاً لآثاره والإجراءات التى تمت بعد ذلك تكون صحيحة كإقرار صدر من أحد الخصوم أو شهادة شهود أو حلف يمين أو نكول عنها ، والشطب ما هو إلا تجديد للدعوى

حتى تحرك مرة أخرى فتستأنف سيرها من حيث تركه – أما إعتبار القضية كأن لم تكن فذلك موت للدعوى موتاً نهائياً وإلغاء كل ما تم من إجراءات وإبطال لكل ما ترتب من آثار على رفع الدعوى وإعلان صحيفتها ولم يبق للمدعى بعد ذلك إلا رفع دعوى جديدة إذا لم يمنعه سريان المدة عن ذلك (١) – ولم يوجد ما يقضى بعدم سماع الدعوى التى شطبت ، لأن ذلك لم يمكن فصلاً فيها ، إذ الشطب نوع من إيقاف السير فيها مع قيام الخصومة كما نص على ذلك منشور الحقانية رقم ١٣ فى ١٩٢٣/٥/٩ وما دامت الخصومة قائمة فلا مانع من سماعها (٢) .

إن النفقات مما تجدد ومجرد العجز عن الإثبات مع شطب الدعوى لا يمنع من رفعها مرة أخرى ليستوفى المدعى باقى حقه مما يمكن أن تثبت به الدعوى (٣) .

وقضى فى دعوى بطلب نفقة زوجته .

شطبت بجلسة ١٩٧٥/٧/١ .

جددتها المدعية بصحيفة تجديد قدمت لقلم كتاب المحكمة فى ١٩٧٥/٩/٢٧ وأعلنت قانوناً للمدعى عليه فى ١٩٧٥/١٠/٤ وبجلسة ١٩٧٥/١٠/٢٣ حضرت المدعية وحدها ، وصممت على الدعوى .. وشرحتها .. فحجزتها المحكمة للحكم فيها بجلسة ١٩٧٥/١١/١٣ ، وفيها قضت بإعتبار الدعوى كأن لم تكن (٤) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الدفع بإعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب فى الميعاد المقرر فى المادة ٨٣ مرافعات وإن كان

---

(١) منوف الشرعية – جلسة ١٩٥١/٥/٢٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – ص٤٢٦ .

(٢) العياط الشرعية – جلسة ١٩٢٨/١٠/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ١ – ص٢٤٨ .

(٣) الصف الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٢/١٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – ص١١٠.

(٤) تلا – جلسة ١٩٧٥/١/١٣ – القضية ١٥٠ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

يقع بقوة القانون إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما هو مقرر لمصلحة المدعى عليه وحده – إذ كان ذلك ، وكان الحكم قد قضى بإعتبار الدعوى كأن لم تكن دون الدفع به من المدعى عليه ، فإنه يكون معيبًا بمخالفة القانون وبالخطأ فى التطبيق .

أدخل القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على نص المادة ٨٣ من قانون المرافعات حكماً يقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يحضر المدعى فى أية جلسة لاحقة على تجديد الدعوى من الشطب .

ولا يمنعه من ذلك من رفع دعوى جديدة بذات الطلبات ، طالما أن الحق الذى تحميه الدعوى ما زال قائماً لم يتقادم .

سماع الخصومة بغير إعلان :

٦١– كان يمكن سماع الخصومة الشرعية أو الجزئية أو الكلية إذا حضر الخصمان أمام القاضى (١) ، وهو طريق للتداعى غير معروف فى أصول المرافعات المدنية – فقد كانت المادة ٤٥ من اللائحة الشرعية تنص على أنه :

« إذا حضر المدعى والمدعى عليه أمام القاضى من تلقاء أنفسهما وطلبا سماع خصومتهما وكانت جزئية » فللقاضى أن يسمع الدعوى فى الحال ويفصل فيها إن أمكن ، وإلا حدد لها جلسة أخرى ، وإن كانت كلية(٢) فإن كانت الجلسة منعقدة سمعت دعواهما وفصلت فيها إن أمكن « وإلا حددت لها جلسة أيضاً ، وإن لم تكن منعقدة أمر رئيس المحكمة أو نائبه الكاتب بأن يأخذ أقوالهما بين يديه ، فإذا رأى ضرورة لعقد الجلسة فى الحال وتيسر

---

(١) وبهذا خرجت قضايا المعارضة والقضايا الإستئنافية لأن لرفعها طريقاً ومواعيد مقررة .

(٢) وقد قضى بأن النص الفقهى يوجب على القاضى سماع دعوى المدعى عليه ما دام خصمه حاضراً ويريد الإدعاء عليه (العياط الشرعية – جلسة ١٩٢٧/١٠/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١ – ص٢١٢) .

ذلك أمر بإنعقادها وفصلت فيها ، وإلا أحالتها على جلسة من جلسات المحكمة (١) ».

طبيعة دعوى الحسبة :

٦٢- الحسبة لغة : العدد والحساب والإحتساب الإنكار على الشيء ، وفي الشريعة الإسلامية : هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله (٢) .

والأساس التشريعي للحسبة ما ورد بالقرآن الكريم من وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، مثل قوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، وقوله : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، وقوله : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » ، وقوله : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو بالوالدين والأقربين » .

وما ورد في الحديث من قول الرسول ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه ... » . وقوله : « بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

والأمر بالمعروف هو الأمر بكل ما فرضه الشارع الإسلامي ، والنهي عن المنكر هو النهي عن كل ما يخالف أحكام الشارع الإسلامي .

والحسبة فعل ما يحتسب عند الله ، وهي من فروض الكفاية ، وتصدر عن ولاية شرعية أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه .

---

(١) يشترط لسلوك هذا الطريق الإستثنائي في التداعي قيام نزاع (منشور الحقانية رقم ٢٤ في ١٩١٨/٨/١٢) .

(٢) الحسبة في الشريعة الإسلامية – بحث – للأستاذ على حسن فهمي – المجلة الجنائية – المجلد ٤ – ١٩٦١ – ص٣٢٧ وما بعدها والمراجع العديدة التي أشار إليها فيه .

والحسبة خاصة بالدعاوى القضائية والخصومات فى حقوق الله تعالى التى يطلب من القاضى الفصل فيها بحكم قضائى فى دعوى وخصومة شرعية يكون المحتسب فيها مدعياً وشاهداً بما يدعيه (١) .

ولا تتقيد دعوى الحسبة بشرط الإذن أو التفويض من ولى الأمر (٢) .

وبتاريخ ١٩٩٦/١/٢٩ صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٦ (ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ١٤ مكرر فى ١٩٩٦/١/٢٩) بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية .

وقد نص على إختصاص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة . وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع طلبه والأسباب التى يستند إليها مشفوعة بالمستندات التى تؤيده وللنيابة العامة بعد التحقيقات أن تصدر قراراً برفع الدعوى أمام المحكمة الإبتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ .

ولا يجوز لمقدم البلاغ أن يتدخل فى الدعوى أو أن يطعن فى الحكم الصادر فيها .

وتحيل المحاكم من تلقاء نفسها ودون رسوم ما يكون أمامها من دعاوى حسبة لم يصدر فيها أى حكم إلى النيابة العامة المختصة بالحالة التى تكون عليها . ويعلن قلم الكتاب الخصوم بأمر الإحالة .

٦٣- وصورة دعوى الحسبة الغالبة فى العمل الشرعى أن ترفع دعوى تفريق من شخص مسلم قادر مكلف ضد زوج وزوجته لوجود سبب من أسباب التحريم المؤبد ، كأن تكون الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم أو أن يكون بينهما حرمة كالرضاعة أو أن تكون زوجة الغير حقيقة

---

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٥/٢٩ - المحاماة الشرعية السنة ٢-العدد ١و٢و٣ - ص٥٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى - العدد ٢ - ص٧٨٢ وما بعدها .

أو حكماً ، كأن تكون أخت لزوجة أخرى له ... ونحو ذلك .

وقد قضى (١) بأنه لما كانت هذه الدعوى من دعاوى الحسبة (طلب التفريق بين الزوجين والأمر بالكف عن المعاشرة معاشرة زوجية قبل أن يحال المدعى عليها الثانية للمدعى عليه الأول غيره) لأن الحسبة إسم من الإحتساب وهو الأجر والثواب عند الله ، وهى إنما تكون من حقوق الله تعالى ، وهى الحقوق التى يعود نفعها على الناس كافة لا على أشخاص بأعيانهم ، وهذه الدعوى منها ، لأن حل مباشرة المرأة وحرمتها من حقوق الله تعالى الواجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها ، فتسمع فيها الدعوى والشهادة حسبة من أى إنسان ، ويكون المدعى فيها مدعيًا وشاهداً بما يدعيه ، فكان قائمًا بالحقوق من جهة الوجوب وشاهداً من جهة تحمل ذلك ، نص على ذلك فى كثير من الكتب المعتبرة التى منها كتاب الوقف والشهادة من الدر المختارة ورد المحتار والتكملة .

ومن حيث أن المدعى قرر انه يدعى ويشهد حسبة الله تعالى بما ذكر فهو ذو شأن فى الخصومة وتتوجه منه على المدعى عليهما لأن الخصومة فى هذه الحالة فرض كفاية على كل مسلم قادر ، وفرض عين على المسلم القادر الذى لم يقم به غيره .

وقضى أيضًا (٢) بأن الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله ، وفى إصلاح للفقهاء هى أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن منكر إذا ظهر فعله ، وهى من فروض الكفاية ،وتصدر عن ولاية شرعية أصيلة - أو مستمدة - أضافها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم إلى القاضى بالدعوى والشهادة لديه أو بإستدعاء وإلى المحتسب وإلى المظالم . أو دعوى الحسبة تكون فيما كان حق الله فيغالبًا

---

(١) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٢٧/١١/٢٦ - القضية ١٧٩٥ سنة ١٩٢٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٣ - ص٣٥٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى وأحوال - ص٧٨٣ وما بعدها .

كالدعوى بإثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد .

وجمهور الفقهاء اتفق على عدم تقيد دعوى الحسبة بشرط الإذن أو التفويض من ولى الأمر .

إن دعوى الحسبة هى الدعوى التى تكون بحق الله تعالى فقط ، لا يطالب فيها المدعى حقاً لنفسه (١) .

إن الحسبة إسم من الإحتساب وهو الأجر والثواب عند الله وهى إنما تكون فى حقوق الله تعالى ، وهى الحقوق التى تعود منفعتها على العامة كلهم لا على أشخاص بعينهم ، لأن الحقوق نوعان : حق الله وحق للعبد .

إن مدعى الحسبة يكون شاهداً بما يدعيه فكان قائماً من جهة الوجوب وشاهداً من جهة تحمل ذلك – ولكن غلب عليه إطلاق شاهد الحسبة دون إطلاق مدعى الحسبة ، وهو فى الحقيقة مدع وشاهد فى أن واحد ، فلابد أن يدعى بما يشهد به وإن لم يوجد مدع غيره فيكون مدعياً كما يكون شاهداً ولا تتم دعواه بدون الشهادة (٢) .

تلك كانت السمات المميزة للدعوى الشرعية ، التى تكسبها ذاتية خاصة .

كما أن إثبات الدعوى الشرعية ، وتنفيذ الحكم الصادر فيها سمات مميزة أيضًا سوف نعود إليها عند الكلام فى نظرية الإثبات وفى نظرية التنفيذ .

ثانيًا – الأحكام العامة فى المرافعات المدنية ، فى سريان القوانين ، والمواعيد ، والإعلان ، والبطلان:

٦٤– تتضمن الأحكام العامة للمرافعات المبادىء التالية والتى ليس فى اللائحة الشرعية مواد سارية تماثلها ، وتلك المبادىء تتصدر قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

---

(١) الزقازيق الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٢/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٩ – ص٧٦٦ .

(٢) مصر الشرعية – جلسة ١٩٤٢/٧/٢٦ – المحاماة الشرعية – السنة ١٦ – ص٢٢٩ .

سريان قانون المرافعات :

٦٥- الأول - أن قوانين المرافعات تسرى على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى ، أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل العمل بها - فإذا ثبت علم المطعون ضدة بالطعن وقدم مذكرة فى الميعاد القانونى بالرد على أسباب الطعون ، فإن الغاية التى يبتغيها المشرع من الإجراء تكون قد تحققت (١) ويستثنى من ذلك :

١- القوانين المعدلة للإختصاص متى كان تاريخ العمل بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى .

ويقصد بهذه القوانين تلك التى تغير الولاية القضائية أو الإختصاص النوعى أو القيمى أو المحلى ، دون تلك التى تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء ، إذ أنها تسرى بأثر فورى حتى على الدعاوى التى قفل فيها باب المرافعة قبل العمل بها ما دام لم يفصل فيها قبل ذلك (٢) .

وتذهب محكمة النقض (٣) إلا أنه لا يمتنع على الخصوم تعديل الطلبات إلا بعد إقفال باب المرافعة - شفوية أو كتابية - وهو لا يعد مقفولاً

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٤/٢/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص٢٧٧ .

(٢) يراجع فى تفصيله (قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن) - للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوى - طبعة ١- جزء - بند ٤٩ ، والمستحدث فى قانون المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١٩٦٨ - ص٣٢ ، وطبعة ١١-١٩٧٥-٢٦ ، والقانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - طبعة ١٩٧٤ - جزء ١ - ص٢٢ ، وقانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ٥ - ١٩٦٣ - ص٢١ ، وتقنين المرافعات - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - ص٢٦ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - طبعة ١ - ١٩٦٨ - ص٣ و ٤ ، ومبادىء قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص١٥ ، والمرافعات المدنية والتجارية للدكتورين عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى - طبعة ١٩٧٦ - ١٩٧٧ - ص٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى - ص٤٦٧ .

فى حالة الترخيص للخصوم بتقديم مذكرات فى فترة حجز الدعوى للحكم إلا بإنتهاء الأجل الذى حددته المحكمة لتقديم المذكرات فيه (١) .

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

فإذا إستحدث القانون الجديد ميعاداً من مواعيد السقوط ، فإنه يخضع لحكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

لكن هذه الفقرة لا تسرى على حالة إلغاء القانون الجديد للميعاد حتى لو كان هذا الميعاد قد بدأ قبل العمل به ، بل يسرى عليه القانون الجديد بأثر فورى ، فيعتبر إكتماله عديم الجدوى ، كما لا يسرى هذا الحكم على المواعيد التى لم يكن منصوصاً عليها فى قانون سابق ولو كان الميعاد قد قرره الفقه والقضاء فى ظل القانون القديم بغير نص (٢) .

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها ، متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة بطريق من تلك الطرق .

فإذا أنشأ القانون طريق طعن لم يكن موجوداً فى ظل التقنين الملغى، فإن الحكم الصادر قبل العمل بالقانون الجديد يخضع لأحكام القانون القديم من حيث عدم جواز الطعن فيه حتى ولو كانت مواعيد الطعن المنصوص عليها فى القانون الجديد ما زالت قائمة ، ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على طرق الطعن ينظر إلى تاريخ صدور الحكم إلى وقت إعلانه أو وقت رفع الطعن (٣) .

---

(١) والمقصود هو إقفال باب المرافعة فى الدعوى برمتها أى الحكم فى الموضوع . أما إذا كان قد قفل باب المرافعة فى مسألة فرعية تتعلق بالإثبات أو بسير الدعوى ، فلا يجوز للمحكمة الحكم فيها ، ويتعين أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة (نقض – جلسة ١٩٥٠/٢/١٠ مجموعة المكتب الفنى – السنة الأولى – مدنى – ص١٥٠ ، والمرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ٨ – ١٩٦٥ – هامش بند١٢).

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٤ق .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦١/٣/٢٤ ، والمكتب الفنى ، السنة ١٣ ، العدد ١ مدنى ، ص٢٥١ .

أمـا إذا رفع الطعن فـى ظل القـانون الجـديد فـإنه يخـضـع فى إجـراءاته ونظره وآثاره للقانون الجديد الذى رفع فى ظله (١) .

مواعيد المرافعات :

٦٦- الثـانى - أن كل إجراءات المرافـعـات تم صـحـيـحًا فـى ظل قـانون معمول به يبقى صحيحاً ، ما لم ينص على غير ذلك .

ولا يجـرى مـا يسـتـحـدث من مـواعيد السـقـوط إلا من تاريخ العـمل بالقانون الذى إستحدثها (م٢ مرافعات جديد) .

ويقصد بمواعيد السـقوط كل إجراء يؤدى إلى زوال أثر الإجـراء ما دام مترتباً على مخالفة ميعاد (٢) .

الثالث - إذا كان القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية يحدد للخصم مـيـعاداً لإتخاذ صـفة ، كـان له أن يطالب تأجيل الدعوى حتى ينقضى هذا الميعاد ، وذلك دون إخلال بحـقه فى إبداء ما لديه من دفـوع بعد إنتهاء الأجل (م٤) .

الرابع - إذا نص الـقـانون علـى مـيـعـاد حـتـمى لإتخـاذ إجـراء يحـصـل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله (م٥)(٣) .

الخـامس - كل إعـلان أوتنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصـم أو قلم الكتـاب أو أمر المحكمة ، ويقوم الخـصـوم أو وكلاؤهـم بتوجيه الإجـراءات وتقـديم أوراقـهـا للمـحـضـرين لإعـلانهـا أو تنفـيـذها ، كل هذا مـا لم

---

(١) نقض ، جلسـة ١٩٥٩/١٢/١٧ ، المكتب الـفنى ، السنة ١٠ ، العـدد ٣ ، مـدنى ، ص٨٢٦ .

(٢) قـانون المرافـعـات - للأسـتـاذ مـحـمـد كـمـال أبو الخـيـر - ص٢٩ ، ومـدونة الفـقـه والقضـاء فى المرافـعات - للأستاذ أحمد أبو الخير ونصر الدين كامل وعبد العزيز يوسف - جزء ١ - ص٣٤٠ .

(٣) والميعاد الحـتمى كل مـيـعاد يرتب القـانون على إحترامـه جزاء ، أيًا كـان نوع هذا الميـعاد ، وسـواء نص عليه فى قـانون المرافـعات أو غـيره ، سـواء من المواعيـد التى يأمر بهـا القضـاء تنفيذاً للقانون ويرتب جزاء على عدم إحترامها ، أو من المـواعيد المتفق عليها بين الخصوم (المدونة - المرجع السابق - جزء ١- بند ٢٥٥) .

ينص القانون على خلاف ذلك – ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم فى القيام بوظائفهم (م٦) .

أوقات الإعلان والتنفيذ :

٦٧– السادس – لا يجوز إجراء أى إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساء ولا فى أيام العطلة الرسمية إلا فى حالات الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية (م٧) (١) .

وتحريم الإعلان فى الأوقات المحظورة مبناه عدم إقلال الناس فى أوقات راحتهم أو عطلاتهم ، ولا يعد الإمتناع عن إستلام الإعلان فى هذه الحالة رفضاً يجيز الإعلان مع رجال الإدارة ، إذا لو تم على هذا الوجه الأخير كان الإعلان باطلاً (٢) .

ويراد بالعطلة الرسمية تلك التى تعطل الحكومة مصالحها فيها وليس المواسم .

ومع ذلك يجوز الإعلان فى الأوقات المحظورة إستثناء من الأصل العام بإذن من قاضى الأمور الوقتية يصدره على عريضة بعد التحقق من دواعى الضرورة والضرر الذى قد ينجم من الإنتظار ، وفى هذه الحالة تعلن الورقة وإذن القاضى فى وقت واحد (٣) .

أوجه إمتناع المحضر عن الإعلان :

٦٨– السابع – إذا تراءى للمحضر الإمتناع عن الإعلان وجب عليه عرض الأمر فوراً على قاضى الأمور الوقتية ليأمر بعد سماع طالب الإعلان

---

(١) وقد قضى بأنه لا يجدى المطعون ضد التمسك بعدم ذكر الساعة فى ورقة إعلان الطعن طالما أنه لم يدع حصوله على ساعة لا يجوز إجراؤه فيها (نقض – جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ مجموع للمكتب الفنى – السنة ٢٠ – مدنى – س١٣٠٢) .

(٢) مدونة الفقه والقضاء فى المرافعات للأساتذة أحمد أبو الوفا – ومحمد نصر الدين كامل ومحمد عبد العزيز يوسف – جزء ١ – ص٣٤٨ .

(٣) الوسيط فى المرافعات للدكتور رمزى سيف – طبعة ٥ ص٥٢٢ ، وقواعد المرافعات – للأستاذين محمد وعبد الوهاب الشهاوى – جزء ١ – ص٧٢٢ .

بإعلان الورقة أو عدم إعلانها أو بما يرى إدخاله عليها من تغيير ، وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر إلى المحكمة الإبتدائية فى غرفة المشورة لتفصل نهائياً فى التظلم بعد سماع المحضر والطالب (م٨) .

ومن أسباب إمتناع المحضر عن الإعلان أن تتضمن الورقة ما يخالف الآداب والنظام العام . إذ أن فى قيام المحضر بالإعلان فى هذه يعد مشاركة فى المخالفة ، وكذلك أن تكون الورقة المراد إعلانها بحالة لا تقرأ (بخط ردىء أو بكربون غير واضح) .

ذلك أن المحضر موظف عمومى طبيعة عمله قضائية (١) .

بيانات أوراق المحضرين :

٦٩- الثامن - يجب أن تشمل الأوراق التى يقوم المحضرين بإعلانها(٢) على البيانات التالية :

١- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان .

٢- إسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وإسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه كذلك أن يعمل لغيره .

٣- إسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها .

٤- إسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوماً وقت الإعلان فأخر موطن كان له .

٥- إسم وصفة من سلم إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل وإثبات إمتناعه وسببه .

---

(١) ينظر فى طبيعة عمل المحضر فى مصر : المحكمة الإبتدائية - جلسة ١٩٥٠/١/٢٦ - المحاماة - السنة ٢٩- س١٢١٥ ، وقانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ٥ - س٤٧ - هامش ٢ .

(٢) وقد قضى بأن بطلان أوراق التكليف بالحضور لبيت فى الإعلان ، وبطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة الدفع به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب على الخصم الذى تقرر هذا البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع (نقض ، جلسة ١٩٧٧/١٢/٧ - المحاماة - السنة ٤٩ - العدد ١ - رقم ٣٣ - س٤٢ وما بعدها) .

٦- توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة (م٩) .

فإذا وقع فى البيان نقص أمكن تكملته من باقى بيانات الورقة (١) .

وأن المعمول عليه أن تحدد شخصية المعلن تحديداً لا لبس فيه وإلا بطل الإعلان (٢) .

ولا يجوز تكملة النقص الموجود بورقة التكليف بالحضور بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها ، ولمحكمة الموضوع أن تثبت البيانات الصحيحة التى كانت تتضمنها الورقة الأصلية بكافة طرق الإثبات وبأوراق الدعوى(٣).

المراد بسبب الإمتناع عن إستلام صورة الورقة الذى يتعين على المحضر بيانه هو سبب الإمتناع عن التوقيع على الأصل لا سبب الإمتناع عن إستلام صورة الورقة ، لأن التوقيع هو الذى يشهد على الإستلام ومن ثم تمام الإعلان (٤) .

ومتى كان المحضر قد أورد إسمه وتوقيعه فى الورقة وصورتها إنتفى البطلان أو كان الخط والتوقيع غير مقروئين ، ما دام لم يدع أن من قام بالإعلان من غير المحضرين (٥) ، إذ بذلك يتحقق ما قصدت إليه المادة ١٠ مرافعات سابق (م٩ جديد) (٦) .

ما حكم إختلاف أصل الإعلان عن الصورة المعلنة :

٧٠- يتم إعلان الصحيفة - عملاً - من أصل وصورة تودع بملف الدعوى وصوراً بقدر عدد الخصم المراد إعلانهم ، وقد يشوب الأصل أو

---

(١) نقض ، جلسة ١٩٥٣/١/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٤ ، مدنى ، ص٣٢٨.

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٩ ، المرجع السابق ، السنة ١٤مدنى ، ص٨٧٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة - السنة ١٨ - مدنى - ص٤٠٦ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/١ - الطعن رقم ٢٨٣ السنة ٣٤ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/١ ، المرجع السابق ، السنة ١٢ ، مدنى ص٧٢ ، ونقض جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، المرجع السابق ، السنة ٢٠ ، ص١٣٢٢ .

(٦) نقض ، جلسة ١٩٧٠/٥/٥ ، المرجع السابق ، السنة ٢١ ، ص٧٨٧ .

الصورة عيب تتخلف بسببه بيانات الصحيفة كلها أو بعضها . فما حكم هذا الخلاف (١) .

١ - إذا كان العيب في الأصل وحده دون الصورة - فإنه ليس للمعلن التمسك به لأنه من فعله أو من فعل المحضر الذي يعمل بإسمه .

أما المعلن إليه - فإما أن يقدم الصورة - المعلنة إليه - إلى المحكمة ، وعندئذ ليس له أن يتمسك بالعيب الذي شاب الأصل ذلك لأن إستلزم إيراد بيانات معينة في أصل لتحقيق مصلحة المعلن إليه ، وقد تحققت تلك المصلحة بإيرادها بالصورة المعلنة إليه .

أما إذا لم يقدم المعلن إليه الصورة المعلنة إليه إلى المحكمة ، فإذا كان الأصل أن صورة الإعلان طبق أصله ، وأن مؤدى ذلك أن العيب الذي يشوب الأصل موجوداً أيضاً في الصورة ، ومن ثم فقد حق للمعلن إليه التمسك بالعيب .

٢ - إذا كان العيب في الصورة وحدها دون الأصل - فإنه ليس للمعلن كذلك - أن يتمسك به لأنه من فعله أو من فعل المحضر الذي يعمل بإسمه.

أما المعلن إليه فإن له أن يتمسك بهذا العيب على أساس أنه عيب في جزء من الإعلان ، بشرط أن يقدم الصورة المعلنة إليه ، فإن لم يقدمها وكان الأصل غير مشوب بعيب ، وإذا كانت الصورة مطابقة للأصل ، فإنه لا يكون للمعلن أن يتمسك بعيب في الصورة التي لم يقدمها للمحكمة (٢).

---

(١) يراجع في هذه الأحكام : المرافعات المدنية والتجارية - للدكتورين عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي - طبعة ١٩٧٦ /١٩٧٧ (الكتاب الثاني ، ص٧٧ وما بعدها، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١١ - ١٩٧٠ - ص٤٦١ وما بعدها ، ومبادىء قانون القضاء المدني - للدكتور فتحي والي طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص٣٦٤ وما بعدها ، والموجز في مبادىء القضاء المدني - للدكتور وجدي راغب - طبعة ١-١٩٧٧ -ص٢٧٠ وما بعدها ، والوسيط في المرافعات - للدكتور رمزي سيف - طبعة ٩ - ص ٤٢٨ وما بعدها .

(٢) نقض ٢٦/ ١٠/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - مدني - ص٩٠٢ وقد جاء به أن ليس للمحكمة - عند عيب المعلن إليه وعدم تقديم الصورة أن =

٣- فإذا وجد تناقض بين الأصل والصورة (فى تاريخ الإعلان مثلاً) فلا أثر لهذا الخلاف إذا كان لا يؤثر فى صحة العمل الإجرائى (الإعلان) ، إذ يعتبر الإعلان قد تم خلال الميعاد المقرر فى القانون طبقاً لأى التاريخين(١).

أما إذا كان الخلاف يخفى عيباً ، فينظر فيما إذا كان العيب فى أصل الإعلان أو فى صورته ، وتطبق عليه القواعد السابقة .

ولا يجدى التمسك بعدم ذكر الساعة فى ورقة الإعلان طالما لم يدع حصوله فى ساعة لا يجوز إجراء الإعلان فيها (٢) .

وقد إستقر القضاء على أن يؤخذ بإجابات من خاطبه المحضر فى موطن المعلن إليه لتحديد صفته وتوافر شروط تسليمه الإعلان عند البحث فى صحة هذا التسليم ، وبعبارة أخرى ليس على المحضر أن يتحقق من صحة أقوال من يخاطبه فى موطن المعلن إليه . ويكفى أن يحصل التسليم لمن وصف نفسه بأوصاف تجعل هذا التسليم صحيحاً ، بشرط أن يكون مميزاً ومدركاً لأهمية الإعلان وضرورة تسليم ورقته إلى المعلن إليه، ذلك أن المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لإستلام الإعلان ممن ورد بيانهم فى المادة ١٢ مرافعات (المادة ١٢ مرافعات المقابلة للمادة ١١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) طالما أن الشخص قد خوطب فى موطن المراد إعلانه . ومتى تم الإعلان على هذه الصورة ، فلا محل للتمسك بعدم وصوله ولو إدعى المعلن إليه أن الصفة التى قررها متسلم الإعلان غير صحيحة (٣) .

وتؤكد أحكام النقض ضرورة ذكر صفة من تسلم صورة الإعلان

= تنص بالبطلان وهو نسبى - لعيب مزعوم خلا منه الأصل المقدم للمحكمة .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٧/١/٥ - المرجع السابق - السنة ٧ - مدنى - ص٥٩ .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ ، المرجع السابق ، السنة ٢٠ ، ص١٣٠٢ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٣/٣/٥ ، المرجع السابق ، السنة ١٠ ، مدنى ، ص١٩٩ ، ونقض ، جلسة ١٩٦٣/٥/٣ ، المرجع السابق ، السنة ١٤ ، ص٧٦٩ ، ونقض جلسة ١٩٦٦/٣/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، ص٢١٨ ، ونقض ، جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ المرجع السابق ، السنة ٢٥ ، ص٦٨٩ ، ونقض - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ٢٤- مدنى - ص١١٩٤ .

وعدم كفاية ذكر إسمه (١) .

وتقرر محكمة النقض أن القانون لا يوجب على المحضر إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه (المسجل) بأصل الإعلان ، وغاية ما يتطلبه أن يرسل المحضر ذلك الخطاب فى الميعاد ، وأن يثبت ذلك فى محضره (٢) .

وأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يجب إبداؤه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه (٣) .

التاسع – تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه (٤)ويجوز تسليمها فى الموطن المختار فى الأحوال التى بينها القانون.

فإذا صدر توكيل لأحد المحامين ، فإنه يجوز إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى فى درجة التقاضى الموكل فيها فى موطنه (٥) .

وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله و أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار (م١٠) ، فإذا أغفل المحضر إثبات عدم وجود المطلوب إعلانه أو أغفل بيان العلاقة بينه وبين من تسلم

---

(١) أصول المرافعات ، الدكتور أحمد مسلم ، طبعة ١٩١٩ ، ص٤٠٠وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، للدكتور رمزى سيف ، ١٩٦٩ ، ص٤٢٢ وما بعدها . ونقض ، جلسة ١٩٦٠/٣/٢١ مجموعة المكتب الفنى، السنة ١١ مدنى ، ص٢٢٦ وما بعدها .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٥٩/١٢/٣١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – مدنى – ص٨٧٩ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ ، المحاماة ، السنة ٤٩ ، العدد ٨ ، رقم ٤٧ ، ص١٢٤.

(٤) وتحديد المادة ٤٠ مدنى الموطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة هو – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – تصوير واقعى مرتكز على الإقامة الفعلية، ومؤدى ذلك إلا بعد المكان الذى يتلقى فيه الطالب العام – دون أن يقيم فيه – موطناً (نقض جلسة – ١٩٦٩/٥/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – العدد ٢ مدنى – ص٩٠٢ .

(٥) نقض ، جلسة ١٩٢١/٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٣ ، العدد ١ ، ص٣٩٢ .

صورة الإعلان أو أن هذا الأخير يقيم معه ، فإنه يترتب على ذلك بطلان الإعلان (١) .

فمنزل العائلة لا يعتبر موطناً إلا إذا ثبتت إقامة الشخص فيه وعلى وجه الإعتياد والإستيطان (٢) ، وأن تقدير قيام عنصرى الإستقرار ونية الإستيطان اللازم توافرهما فى الموطن من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (٣) . وأن محل التجارة يعتبر موطناً للتاجر – بجانب موطنه الأصلى – بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة (٤) ، ويتعين ثبوت غياب المعلن إليه عن موطنه الأصلى حتى يمكن تسليم الصورة إلى من أوردتهم المادة ، وعلى المحضر فى هذه الحالة أن يورد هذا البيان فى الورقة (٥) . ولكن ذلك ليس باللازم فى حالة الإعلان للموطن المختار (٦) ، كما أن المساكنة شرط لتسليم الورقة إلى الأزواج والأقارب والأصهار (٧) ، وبطلان الإعلان فى غير موطن المدعى عليه بطلان نسبى مقرر لمصلحة المعلن إليه وليس لغيره أن يتمسك به

والموطن الأصلى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما (م٤٠ مدنى) .

الأصل فى الإعلان أن تصل الورقة المعلنة إلى المعلن إليه علماً يقينياً بتسليمها لشخصه ، إكتفاء المشرع بالعلم الظنى بالإعلان فى الموطن أو

---

(١) نقض ، جلسة ١٩٧١/١/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٣ ، ص٣٨ .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ ، المرجع السابق ١٧ ، مدنى ، ص٥٠٢ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، مدنى ، ص١٢٧١ ، ونقض جلسة ١٩٦٩/٥/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ٢٠ ، مدنى ، ص٨٠٢ ، ونقض جلسة ١٩٧١/١١/٩ المرجع السابق ، السنة ٢٢ ، ص٨٢٢ .

(٤) نقض ، جلسة ١٩٦٦/١/٤ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، مدنى ص٣٢ ، ونقض، جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٩ ، المرجع السابق ، السنة ١٣ ، مدنى ، ص٣٤ .

(٥) نقض ، جلسة ١٩٦٠/٥/٥ – المرجع السابق ، السنة ١١ ، ص٣٢٤ .

(٦) نقض ، جلسة ١٩٦٣/٣/٢١ – المرجع السابق – السنة ١٤ ، مدنى ، ص٣٤٢ .

(٧) نقض ، جلسة ١٩٦٧/١/٥ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، مدنى ، س٩٢ .

بالعلم الحكمى بتسليم الصورة للنيابة كما فى إعلان المقيم بالخارج فى موطن معلوم (١) .

كيفية تسليم الورقة المعلنة :

٧١- العاشر - إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقًا للمادة السابقة (أى المادة ١٠ من قانون المرافعات الجديد) أوإمتنع من وجده من المذكورين فيها عن الإستلام ، وجب عليه أن يسلمها فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال .

وعلى المحضر - خلال أربع وعشرين ساعة - أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلى أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة (٢) .

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله فى حينه فى أصل الإعلان وصورته ويعتبر الإعلان منتجًا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً (م١١) (٣) .

فلا يصح الإعلان لجهة الإدارة إلا فى حالة عدم وجود الشخص المراد إعلانه أو من يصح تسليم الصورة إليه أو إمتناع من وجد عن الإستلام . وينبنى على ذلك عدم إعلان الخصم فى موطنه الأصلى أو المختار المبين فى

---

(١) نقض ، جلسة ١٩٧١/١١/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى . السنة ٢٢ ، العدد ٣ ، مدنى وأحوال ، ص٩٤٦ .

(٢) فقد صدر مؤخراً القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٢٤ (المنشور بالجريدة الرسمية - فى ١٩٧٤/٧/٢٩ - العدد ٣٠ مكرر «أ» بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وقد نصت المادة ٢ منه بإستبدال الفقرة الثانية من المادة ١١ مرافعات لتقضى بما جاء بالمتن ومؤدى ما نصت عليه أن الإخطار بالإعلان لم يعد أمر واجباً إلا فى حالة واحدة هى فى حالة تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة .

(٣) تراجع المبادىء المشار إليها فى التعليق على المادة ٤٠ مرافعات (التاسع) والواسطى الجزئية - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٨ - القضية ١٩ سنة ١٩٢٣ أحوال نفس (بتجريد نفقة) والقضايا ١١٦ سنة ١٩٧٤ و ٨٤ سنة ١٩٧٤ و ١٢٦ سنة ١٩٧٤ و ١٩٧١ و ١٢١ سنة ١٩٧٤ أموال نفس مركز دمياط .

ورقة إعلان الحكم قبل تسليم الصورة إلى الإدارة يترتب عليه بطلان الإعلان (١) .

ومتى كان المحضر إذ سلم صورة الإعلان إلى الضابط المنوب بالقسم لم يثبت فى محضره أنه إنتقل فعلاً إلى محل المعلن إليه وأنه وجد المحل مغلقًا، وكان هذا البيان لازمًا لصحة الإعلان - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إذ بدونه لا يمكن التحقق من أن المحضر قد إنتقل إلى محل المراد إعلانه وشاهد بنفسه المحل مغلقًا ، فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلاً (٢) .

إذا كان الحكم قد قضى بقبول الدفع ببطلان صحيفة الإستئناف لأن المحضر أعلن المطعون عليه فى مكتبه مخاطبًا مع الآنسة (.....) دون أن يثبت غيابه وقت الإعلان . وكان يتعين عند إجراء الإعلان فى هذا الموطن الأصلى وجوب ثبوت الشخص المطلوب إعلانه عن موطنه فى حالة تسليم الصورة إلى وكيله أو خادمه أو غيرهما ممن ورد ذكرهم بهذه المادة وبيان ذلك فى محضر الإعلان وصورته ، بحيث إذا أغفل المحضر إثبات هذا البيان ترتب على ذلك بطلان الإعلان (٣) .

إن إعلان الأوراق القضائية إلى النيابة بدلاً من إعلانها لشخص أو محل إقامة المعلن إليه إنما أجازه القانون على سبيل الإستثناء ولا يصح اللجوء إليه إلا إذا قام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة التى تلزم كل باحث مجد حسن النية للتقصى عن محل إقامة المعلن إليه وثبت أنه رغم ما قام به من البحث لم يهتد إلى معرفة محل إقامة المراد إعلانه ولا يكفى أن ترد الورقة بغير إعلان ليسلك هذا الطريق الإستثنائى (٤) . وأن كفاية التحريات أمر

---

(١) نقض ١٩٦٢/١/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ - ص٨٢٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٣/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص٢٢٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص٥٨٨ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٠/٣/١٢ - السنة ٥٢ العدد ٥ و ٦ - رقم ٦٩ - ص٨٩ و ٩٠ - ونقض جلسة ١٩٦٨/١٢/٣ - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٤ - رقم ١٦٩ - ص١١٦ و ١١٧ ، ونقض - جلسة ١٩٢٣/١١/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - ص١١٩٤.

يخضع لتقدير محكمة الموضوع (١) .

الحادى عشر - إذا أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فلم يفعل أو كان بيانه ناقصاً أو غير صحيح جاز إعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى كان يصح إعلانه بها فى الموطن المختار .

وإذا ألغى الخصوم موطنه الأصلى أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك يصح إعلانه فيه ، وتسلم الصورة عند الإقتضاء إلى جهة الإدارة طبقاً للمادة السابقة (م١٢) .

ولا يسرى حكم الفقرة الثانية على الموطن الأصلى بحيث إذا غيره صاحبه دون إخطار خصمه لم يصح مع ذلك إعلانه فيه ، وإنما كان على الأخير يتحرى عن الموطن الجديد (٢) .

إن إتخاذ المطعون عليه - وهو محام - عنوان مكتبه فى ورقة إعلان الحكم قد يدل على رغبته فى قيام المحل المختار مكان موطنه الأصلى ، ومن ثم فيجوز إعلان الطعن إليه فى هذا المحل (٣) .

وترك الموطن المختار المبين فى العقد دون الإخطار كتابة بتغييره فإن الإعلان فى هذا الموطن صحيح ويترتب أثره من وقت إعلانه (٤) .

الثانى عشر - فيما عدا ما نص عليه فى قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتى :

١- ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديرى المصالح المختصة والمحافظين أو لمن يقوم مقامهم ، فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إدارة قضايا الدولة أو فروعها

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٣/٦/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى - ص٨٩٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٣/١٢/١٣ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص١٨٨٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدنى - ص٧٦٩ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - ص١٠٧١ .

بالأقاليم حسب الإختصاص المحلى لكل منها (١) .

٢- ما يتعلق بالأشخاص العامة يسلم للنائب عنها قانوناً أو من يقوم مقامه فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الإختصاص المحلى لكل منها .

٣- ما يتعلق بالشركات التجارية يسلم فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمدير أو لمن يقوم مقامهم ، فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لواحد من هؤلاء فى شخصه أو فى موطنه .

ويعتبر صحيحاً تسليم صورة الطعن الموجه إلى الشركة - إلى جهة الإدارة ولا يكون تسليم صورة الإعلان إلى النيابة إلا عند الإمتناع عن تسلمها أو عن التوقيع على أصل الإعلان بالإستلام (٢) .

٤- ما يتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الإعتبارية يسلم فى مركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها أو لمن يقوم مقامه ، فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة للنائب عنها لشخصه أو فى موطنه .

٥- ما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فرع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية يسلم إلى هذا الفرع أوالوكيل .

٦- ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم بواسطة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث أنه بالنسبة للمؤسسات العامة ، فإنه يصبح إعلانها بصحفة الطعن فى مقرها ، وذلك لأن إدارة قضايا الحكومة إنما تنوب فقط عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية والهيئات العامة فيها يرفع منها أو عليها من قضايا (يراجع : نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - مدنى - عدد٢ ص٧٧٤) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ - العدد ٢- ص١٠٢٦ .

النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة (١) .

إن إعلان ضابط الجيش والجنود والنظاميين ، يكون بإستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الإعلان ، ويكون تسليم هذه الصورة له بواسطة النيابة التى تعتبر فى هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تمامًا . فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يفصح عما إذا كان هذا الإعلان قد تم صحيحًا بتسليم الصورة إلى قائد الوحدة أم لا ، مما يعجز محكمة النقض عن إعمال سلطتها فى مراقبة هذا القضاء ، فإنه يكون معيباً بالقصور ، ولا يشفع له فى هذا الخصوص تقريره أن الطاعن أعلن مع شخصية بتوقيع الحجز على منقولاته تنفيذاً لهذا الأمر ، ذلك أن إعلان أمر الأداء هو الذى جعله القانون مجرياً لميعاد التظلم (٢) .

ولا بطلان إذا خلت الأوراق عن صفة الطاعن ، وجهل خصمه بصفته كفرد من القوات المسلحة (٣) .

٧- ما يتعلق بالمسجونين يسلم لمأمور السجن .

٨- ما يتعلق ببحارة السفن أو بالعاملين فيها يسلم للريان .

٩- ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معروف فى الخارج يسلم للنيابة العامة وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ، ويجوز أيضاً فى هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التى يقع بها موطن المراد إعلانه كى تتولى توصيلها إليه .

---

(١) وقد قضى بأن إعلان ضابط الجيش والجنود النظاميين يكون بإستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الإعلان ، ويكون تسليم هذه الصورة له بواسطة النيابة التى تعتبر فى هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تمامًا (نقض - جلسة ١٩٦٩/٣/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ١ - مدنى وأحوال - ص٤٠) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى - ص٨٥٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٣/٦/١٢ - المرجع السابق - ص٩٤ .

١٠- إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج وتسلم صورتها للنيابة .

إذا كان يبين من الإطلاع على أصل ورقة الإعلان أن المحضر إذ توجه لإعلان المطعون عليها الأولى حرر محضراً بأنه لم يعلنها وأثبت إجابة مالكة المنزل الذى أريد إعلانها به بأنها تركت هذا المسكن منذ أربع سنوات ، فقامت الطاعنة بإعلانها للنيابة ، وكان أصل ورقة الإعلان قد خلا من بيان(آخر موطن معلوم) فى مصر أو الخارج ، فإن عدم مراعاة هذا الإجراء يترتب عليه بطلانه (١) .

وفى جميع الحالات السابقة إذا إمتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن تسلم الصورة أو عن التوقيع على أصلها بالإستلام أثبت المحضر ذلك فى الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة (م١٣) .

فلا يلزم تسليم صور صحف الدعاوى والطعون والأحكام التى تسلم إلى إدارة قضايا الدولة فى المقر الرئيسى لهذه الإدارة بل يجوز تسليمها فى أى مقر تتخذه ولو تعددت هذه المقار (٢) .

أما بالنسبة إلى من له موطن معلوم فى الخارج فقد ذهب قضاء محكمة النقض إلى التفرقة بين أوراق المحضرين عموماً وبين إعلان الحكم الذى تبدأ منه مواعيد الطعن فاكتفى بالعلم الحكمى فى الحالة الأولى فيتم الإعلان فيها بتسليم الورقة إلى النيابة ،وإستلزم فى الحالة الثانية تمام الإعلان فى موطن المعلن إليه الموجود فى الخارج (٣) .

ومع ذلك ، فقد إستقر قضاء النقض على إعلان من له موطن فى

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٣/٣ - مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١١ - مدنى ، العدد ١ ، ص٢٠٨ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى ص٣١٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١١ - المرجع السابق - السنة ١٧ - مدنى - ص٧٧ - نقض - جلسة ١٩٧٣/١/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص١٠٣ .

الخارج معلوم ، يكون بتسليم صورة الإعلان إلى النيابة (١) .

ويقصد بمدير الشركة ممثلها القانونى المصرح له بتمثيلها والتقاضى عنها (٢) ، وفيما يتعلق بالشركات التجارية يجب تسليم صورة الإعلان فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو المدير ، فإن لم يكن للشركة مركز تسليم يسلم لأحد هؤلاء لشخصه أو فى موطنه (٣) .

أما إعلان الوزراء بوصفهم ممثلين للدولة يكون صحيحاً سواء سلمت الصورة للمركز الرئيسى لإدارة قضايا الدولة أو فى المأمورية التى تتخص بالدعوى محلياً (٤) .

الجزاء على ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه:

٧٢- الثالث عشر - تحكم المحكمة بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تجاوز عشرين جنيهًا على طلب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه (م١١) .

لأن من شأن ذلك عدم تحقيق الإعلان للغرض منه (٥) .

وهذا النص مستحدث ليس له مقابل فى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

---

(١) وذلك على خلاف الأصل فى أن الإعلان يكون بأن تصل الورقة المعلنة إلى علم المعلن إليه علماً يقينيًا بتسليمها لشخصه ، إذ يكتفى المشرع بالنسبة لإعلان المقيم بالخارج بالعلم الظنى (أو بالعلم الحكمى بتسليمه الصورة للنيابة - نقض- جلسة ١٩٧١/١١/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مدنى - ص٩٤٦، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص٨١٩) .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٠/٦/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١١ - مدنى - ص٤٨٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٢/٣/١٥ ، المرجع السابق - السنة ١٣ - مدنى - ص٢٨٨ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/١١/٢٥ - المرجع السابق - ٢٣-٣-١٢٧٨ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/١٦ -٢٣-٣-١٣٩١ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٣١ - المرجع السابق - السنة ١٤ - مدنى - ص٢٤٣ .

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد - رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى شأن المادة ١٤ .

ومتى ثبت عناصر أعمال هذا الجزاء فمن الواجب بطبيعة الحال الحكم بالغرامة ولا يكون للمحكمة سلطة تقديرية إلا فى صدد مقدارها ، كما لا يخل ذلك بحق الخصم فى طلب التعويضات إن كان لها محل طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية (١) .

مواعيد الإجراء القضائى :

٧٣- الرابع عشر - إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجرياً للميعاد. أما إذا كان الميعاد مما يجب إنقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد إنقضاء اليوم الأخير من الميعاد .

وينقضى الميعاد بإنقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفًا يجب أن يحصل فيه الإجراء .

وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات كان حساب الساعة التى يبدأ منها والساعة التى ينقضى بها على الوجه المتقدم .

وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص القانون على غير ذلك (١٥) .

والمواعيد ثلاثة أنواع:

(أ) المواعيد التى يتعين إتخاذ الإجراء خلالها ، وهى تنقضى بإنقضاء اليوم الأخير منها ، لذلك يطلق المواعيد الناقصة ، كما يطلق عليها ظرفاً .

(ب) المواعيد التى يجب إنقضاؤها قبل إمكان إتخاذ الإجراء ، بحيث لا يجوز إتخاذه قبل إنقضاء اليوم الأخير منها ، ولذلك تسمى مواعيد كاملة (كمواعيد الحضور) .

(جـ) المواعيد التى يتعين القيام بالإجراء قبل بدئها (كميعاد تقديم الإعتراضات على قائمة شروط البيع فى التنفيذ على العقار) .

---

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١٩٦٩ - المجلد ١ - ص٦٠ .

والقاعدة الأساسية فى إحتساب المواعيد بصفة عامة أنه لا يحتسب اليوم الذى يقع فيه الأمر المعتبر فى نظر القانون مجرياً للميعاد (١) .

مواعيد المسافة :

٧٤- الخامس عشر - إذا كان الميعاد معيناً فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيها زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذى يجب الإنتقال منه والمكان الذى يجب الإنتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو متراً يزاد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام .

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود (م١٦) .

والإنتقال المقصود هنا وفى المادة ١٧ مرافعات جديد هو إنتقال الخصوم أو من ينوب عنهم من المحضرين وغيرهم (٢) .

السادس عشر - ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوماً .

ويجوز بأمر من قاضى الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعاً لسهولة المواصلات وظروف الإستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة .

ولا يعمل بهذا الميعاد فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها إنما يجوز لقاضى الأمور الوقتية أو المحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو بإعتبارها ممتدة على ألا يجاوز فى الحالين الميعاد الذى كان يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج (م١٧) .

---

(١) يراجع فى تفصيل أحكام المواعيد : التعليق على نصوص المرافعات الجديد - المرجع السابق - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص٦٢ وما بعدها ، وأصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص٤٤٢ وما بعدها - والوسيط - للدكتور رمزى سيف - المرجع السابق - ص٤٧٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - مدنى - ص٢٤٣ .

ولقد وحد المشرع فى هذه المادة ميعاد المسافة بالنسبة لجميع البلاد والمناطق مراعاة منه لقصور وسائل المواصلات على نحو قارب بين الأقطار جميعاً (١) .

أحكام إمتداد الميعاد :

٧٥- السابع عشر - إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية إمتد إلى أول يوم عمل بعدها (م١٨) .

فإذا وقعت العطلة خلال الميعاد وقبل إنقضائه فلا يمتد ، وإذا صادف اليومان الأخيران (أو أكثر) من الميعاد عطلة رسمية فإن الميعاد يمتد ليوم واحد فقط هو أول يوم عمل بعد إنقضاء العطلة (٢) .

كما يمتد الميعاد ولو كان منصوصًا عليه فى قانون آخر غير قانون المرافعات وتمتد المواعيد المتفق عليها بين الخصوم للقيام بعمل معين بسبب العطلة الرسمية .

نظرية البطلان فى المرافعات:

٧٦- الثامن عشر - يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٥و٧و٩و١٠و١١و١٢(م١٩) .

التاسع عشر - يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء (م٢٠) (٣) .

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت الغاية من الإجراء (م٢٩) فقانون المرافعات الجديد يشترط لقيام موجب البطلان توافر شرطين :

الأول - وقوع عيب فى أحد العناصر الشكلية للعمل الإجرائى ، أى أن يعيب هذا العمل عيب شكلى ، ويكون ذلك بمخالفة العمل الإجرائى للنموذج الشكلى الذى حدده له القانون ، إذا لم تقع مخالفة للشكل القانونى

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الجديد .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٨/٢/١٣ - المحاماة - السنة ٣٩ - العدد ١ - ص١٢ .

(٣) تراجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد فى شأن نظرية البطلان لأهميتها .

إمـتنع الحكم بالبطلان ولو لم تتحـقق من هذا الشكل إلى الغاية التى إستهدفها منه القانون ، بل ولو أدى إتباع هذا الشكل إلى الإضرار بالخصم ، ويقع عبء إثبات تعيب الشكل على من يدعيه إلتزامًا بقاعدة أن الأصل إستيفاء العمل الإجرائى لعناصره الشكلية .

والثانى – أن يترتب على هذا العيب تخلف الغاية من العمل الإجرائى الذى لحقه العيب ، وفى هذا الشأن يفرق بين البطلان المنصوص عليه والبطلان غير المنصوص عليه (١) .

والشكل أهمية كبيرة فى قانون المرافعات ، فيجب كقاعدة عامة أن تتم جميع أوجه نشاط الخصومة تبعاً للوسيلة التى يحددها القانون (٢) .

ويربط قانون المرافعات الجديد فى الحكم بالبطلان بعدم تحقق الغاية ولو كان نص القانون على البطلان صريحًا ، بل ولو كان متعلقًا بالنظام العام ، وهذا النظر المستحدث يتفق مع مبدأ نسبية الحقوق الذى يقول أن على صاحب الحق أن يستعمله لتحقيق الغاية التى يعتبر الحق وسيلة لتحقيقها ، وعلى هذا الأساس يعتبر التمسك بالبطلان الذى شاب إجراء ما إستعمالاً غير مشروع للحق ، لأن تمسكه به برغم تحقق الغاية من الإجراء ليس بقصد تحقيق الغاية .

ويقصد بالنص على البطلان النص الصريح بلفظه أو بلفظ آخر فى معناه يدل عليه (كاعتبار الإجراء لاغيًا أو كأن لم يكن) . أما الألفاظ الدالة على النهى النفى فلا تعتبر – فى مفهوم قانون المرافعات الجديد – نصًا

---

(١) تقنين المرافعات ، للأستاذ محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص٦٠ وما بعدها ، وبحثه : نظرية البطلان فى قانون المرافعات الجديد – المحاماة – السنة ٥٠ – العدد ١١ – ص٥٤ وما بعدها ، والقانون القضائى الخاص – للدكتور إبراهيم نجيب سعد – طبعة ١٩٧٤ – ص٢٢٢ وما بعدها .

(٢) أصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم . المرجع السابق ، ص٤٦ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ونظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، للدكتور أحمد فتحى سرور ، وأحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص٧٣ وما بعدها ، ونقض جلسة ١٩٦٥/١١/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٢ – مدنى –ص١٩٧٥.

على البطلان (كعبارات : لا يجوز ، ولا يصح ، ويقبل ، ولا يسوغ) ما لم تكن مصحوبة بالنص الصريح على البطلان (١) .

إن حضور الخصم الذى يزول به الحق فى التمسك بالبطلان هو الذى يتم بناء على إعلان الورقة ذاتها فى الزمان والمكان المعينين فيها لحضوره . أما عدم حضوره فى الجلسة المحددة التى دعى إليها بمقتضى ورقة الإعلان الباطلة ، وحضوره من تلقاء نفسه بالجلسة التالية ، لا يزال للبطلان (٢) ولا يسقط الحق فى التمسك به (٣) .

العشرون – لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه . وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام (م٢١) .

وتحكم التمسك بالبطلان المقرر لحماية المصلحة الخاصة قاعدتان أساسيتان :

الأولى – أن لا يتمسك إلا من شرع البطلان لمصلحته ، فلا يقضى به القاضى من تلقاء نفسه (٤) .

والثانية – أنه ليس من كان سببًا فى بطلان العمل الإجرائى أن يتمسك ببطلانه .

فبطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان بطلان نسبى لا

---

(١) الوسيط فى شرح قانون المرافعات – للدكتور رمزى سيف – المرجع السابق – ص٤٨٨ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ٢ – مدنى وأحوال – ص١٠٥٧ ، ونقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ١ – ص٥٥٨ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٢ –ص٥٥٨ ، والحضور المسقط لحق التمسك بالبطلان – للدكتور أحمد أبو الوفا – المحاماة – السنة ٥٠ – العدد ٦– ص٣٦ وما بعدها .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٧/١/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص٩٢ – ونقض – جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ – المرجع السابق – ص١١٠٢ .

يتعلق بالنظام العام ، يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، ولا يجوز لمن نزل عن البطلان أن يعود إلى التمسك به (١) ولا يجوز التمسك ببطلان إعلان الإستئناف أو عدم إيراد المحضر للخطوات التى إتبعها فى محضر إعلانه – لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

واحد وعشرون – يزول البطلان إذا نزل عنه شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام (م٢٢) .

فلا يكفى لإعتباره متصلاً بالنظام العام أن ينص على أنه يقع بقوة القانون إذ أن هذه العبارة لا تعنى أكثر من حرمان القاضى من مكنة التقدير بحيث يتعين عليه القضاء بالبطلان إذا تمسك من شرع لحمايته (٣) .

إثنان وعشرون – يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ الإجراء ، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر فى القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا فى تاريخ تصحيحه (م٢٢) .

ويجوز أن يتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح (٤) .

ثلاثة وعشرون – إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً بإعتباره الإجراء الذى توافرت عناصره .

وإذا كان الإجراء باطلاً فى شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢ – مدنى – ص٢٦٨ ، ونقض – جلسة ١٩٧٣/٥/١٢ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص٧٤١ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٣/٣/٣ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص٣٢٢ ، ونقض جلسة ١٩٧٣/١٢/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص١٣١٠ .

(٣) نقض جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ – الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٣٤ق .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٩/١٢/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ٣ – مدنى وأحوال – ص١٢٤٨ .

ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه (م٢٩) .

أربعة وعشرون – يجب أن يحضر مع القاضى فى الجلسات وفى جميع إجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضى وإلا كان العمل باطلاً (م٢٥) (١) .

خمسة وعشرون – لا يجوز للمحضرين ولا الكتبة ولا لغيرهم من أعوان القضاء أن يباشروا عملاً يدخل فى حدود وظائفهم فى الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أولادهم أو أقاربهم أو أصهارهم للدرجة الرابعة وإلا كان العمل باطلاً (م٢٦) .

ستة وعشرون – قاضى الأمور الوقتية فى المحكمة الإبتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفى محكمة المواد الجزئية هو قاضيها (م٢٧) .

---

(١) يراجع فى تفصيل ذلك شرح أحكام الإجراء القضائى الباطل ، وفى التعليق على المواد ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ من قانون المرافعات الجديد : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المجلد ١ – المرجع السابق – ص٢٠٢ وما بعدها ، وتقنين المرافعات – للأستاذ كمال عبد العزيز – المرجع السابق – ص٧٠ وما بعدها ، وأصول المرافعات – للدكتور أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٤٨١ وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات – للدكتور رمزى سيف – المرجع السابق – ص٤٩٧ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية – للدكتورين عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى – طبعة ١٩٧٦ /١٩٧٧ – الكتاب الثانى – ص٨٢ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية – للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ١١ – ١٩٧٥ – ص٥٠١ وما بعدها ، ومبادىء قانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ٢ – ١٩٧٦ – ص٣٦٩ وما بعدها ، والموجز فى مبادىء القانون المدنى – للدكتور وجدى راغب – طبعة ١٩٧٧ – ص٢٩٤ وما بعدها . والقانون القضائى الخاص – للدكتور إبراهيم نجيب سعد – جزء ١ – ١٩٧٤ – ٧٤٨ وما بعدها .

الباب الأول

الدعوى الشرعية

(دعوى الأحوال الشخصية)

الأحكام الإجرائية والموضوعية

٧٧- رددنا أن الدعوى الشرعية تتميز بسمات خاصة لم تظفر الدعوى المدنية بمثلها ، ومرجع هذه الذاتية الخاصة للدعوى الشرعية إلى تعلقها بمسائل على جانب كبير من الحساسية هى علاقات الزوجين والأقارب والأولاد فى جميع مراحل حياة الإنسان منذ كان جنيناً حتى بعد وفاته بتنفيذ وصاياه وتوزيع تركته على ورثته الشرعيين وبعد سداد ديونه، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون .

نظرية الدعوى فى الشريعة الإسلامية :

٧٨- الدعوى فى إصطلاح فقهاء الشرعية الإسلامية هى قول مقبول عند القاضى ومن فى حكمه يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة أو رفعه عن حق نفسه (١) .

والتنازل عن الدعوى ليس تنازلاً عن موضوعها ولا عن الحق المدعى لتغايرهما ، إذ هى قول مقبول لدى القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره

---

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٣ - ص٣١ ، وما بعدها ، ومباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإبيانى - طبعة ١٩٢٤ - ص٣ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - طبعة ١٩٢٥ - ص٣ وما بعدها ، ومحاضرات فى منهج اللوائح - لطلبة كلية الشريعة - للقاضى محمود الغراب - طبعة ١٩٢٧ - ص١٣ وما بعدها ، وشرح الدر المختار - للحصكفى - كتاب الدعوى - جزء ٢ - ص١٩٨ وما بعدها .

إدعاه وقصد إليه من دعواه (١) .

ولكل دعوى أطراف أربعة : مدع – ومدعى عليه – ومدعى به – وقول يصدر من المدعى للمطالبة بحقه .

وذكر الفقهاء للدعوى شروطاً عاماً بدونها لا تصح ، وذكروا شروطاً خاصة بكل نوع من أنواع الدعاوى ، وتلك ماهية الدعاوى فى نظر رجال الفقه الإسلامى .

لقد إفترى من زعم أن الشرائع السماوية ليست سوى صلة روحية بين الخالق والخلق ، وأنها لم توضع لنظام البشر فى الحياة الدنيا ولو أن العالم رجع إلى ما شرع الله لكان فى أمان ما بعده أمان .

ونظرية الشريعة فى الدعوى تجرى مجرى العرف والمفهوم والمألوف لأن صاحب الشريعة عليه الصلاة والسلام يقول : « أمرت أن أخاطب الناس على قدر عقولهم » .

وما دام أن الدعوى فى لسان الشرع غير المدعى به ، فقد يكون المدعى به حقاً أو زعماً ، كذلك لا يكون موضوعاً إلا ما تقره الشريعة ولو ظاهراً لا ما يخالفها مما سنته القوانين الحديثة .

وكما يكون موضوع الدعوى حقاً فردياً ، كذلك يكون حقاً إجتماعياً فيما يتعلق بدعاوى الحسبة والولاية .

ويجد الدكتور وجدى راغب (٢) فى الفقه الإسلامى سنداً قوياً لتصوير الدعوى كادعاء ، إذ يعرف الفقهاء الدعوى بأنها قول مقبول (٣) عند القاضى

---

(١) طنطا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٤/١ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ – ص٤٣٣ .

(٢) النظرية العامة للعمل القضائى – للدكتور وجدى راغب – طبعة ١٩٧٤ – ص٤٤٩ .

(٣) حاشية إبن عابدين – جزء ٤ – ص٥٨٠ ، وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق – الزيلعى – جزء ٤ – ص٢٩٠ ، وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع – الكاسانى – جزء ٦ – ص٢٢٢ ، ومباحث المرافعات الشرعية – للإبيانى – ص٢ ، والأشباه والنظائر – للسيوطى – ص٦١٦ .

يقصد به طالب حق قبل غيره ، أو أنها أخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم (١) .

ويميز الفقه بين ركن الدعوى وشروطها :

وركن الدعوى هو إضافة الحق إلى نفسه عند النزاع (٢) ، أو هو – كما يقول الكاسانى (٣)– قول الرجل : لى على فلان أو قبل فلان كذا ، أو قضيت حق فلان ، أو أبرانى عن حقه ، ونحو ذلك . فإذا قال ذلك تم الركن .

ويوضحون فكرة الدعوى بأن إسم المدعى يتناول من لا حجة له ، ويتناول من له حجة ، فالقاضى يسميه مدعيًا قبل إقامة البينة ، وبعدها يسميه محقاً لا مدعياً .

ويقول السرخسى (٤) إن المدعى لا يستحق بمجرد الدعوى ، وهذا معقول ، لأنه خبر يتمثل بين الصدق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة . والدعوى لا توجب إستحقاق المدعى للمدعى بنفسها ، وهذا يقطع بأن المقصود بالدعوى هو الإدعاء .

ولكنهم يمزجون بين فكرة الدعوى والمطالبة القضائية ، ويبدو هذا من تعريف الإمام البابرتى (٥) للدعوى بأنها : « مطالبة حق فى مجلس له الخلاص عند ثبوته » .

كما يبدو هذا من شروط الدعوى ، حيث تتضمن شروطاً فى المطالبة القضائية ، كما تضمن شروطاً فى الإدعاء .

فهم يقسمون الدعوى إلى صحيحة وفاسدة ، فالدعوى الصحيحة هى التى إستجمعت شروط الدعوى ، والدعوى الفاسدة ما إختل منها شرط ،

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – لشمس الدين الرملى – جزء ٨ – ص٣٤٤ .

(٢) حاشية إبن عابدين – جزء ٤ – ص٥٨٠ ، والزيلعى –٤– ص٢٩٠ .

(٣) الكاسانى – ٦ – ٢٢٢ ، ومعين الحكم – لعلاء الدين الطرابلسى – ص٥٣ – ٦٤ .

(٤) الزيلعى – ٤–٢٩٠ ، وللسرخص – المسوط – جزء ١٧ – ص٢٩ .

(٥) شرح العناية على الهداية على هامش شرح فتح القدير لإبن همام الحنفى – للإمام اكمل الدين البابرتى – جزء ٦ – ص١٣٧ .

ويختلفون فى تعداد شروط صحة الدعوى ولكنهم يمزجون فيها بين مقتضيات فى المطالبة القضائية ، وأهمها : عقل كل من المدعى والمدعى عليه، وأن تكون الدعوى فى مجلس الحكم أى بين القاضى ،وبلسان المدعى عيناً ، وفى حضور الخصم ، وأن يذكر المدعى أمام القاضى أنه يطالب بالمدعى به .

ومقتضيات فى الإدعاء أهمها أن يكون المدعى معلومًا ، وأن تكون الدعوى ملزمة بشىء على الخصم بعد ثبوتها ، وأن لا تكون متناقضة أو مستحيلة الثبوت .

أما حكم الدعوى الصحيحة فهو سماع القاضى الدعوى ، ووجوب على المدعى عليه بنعم أو لا ، ويقول الكاسانى (١)أن هذا الجواب واجب ، لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ، ولا يمكن القطع إلا بالجواب .

ويؤكد البابرتى (٢) وظيفة الدعوى قائلاً أن شرعية الدعوى ليست لذاتها ، بل من حيث إنقطاعها بالقضاء دفعاً للفساد المظنون ببقائها .

ويختتم الدكتور وجدى راغب (٣) نظرة فى الدعوى فى الفقه الإسلامى بأنها ليست فقط لصاحب الحق ، ولا توجب بذاتها إستحقاق المدعى ، وإنما تبدو قيمتها الشرعية فى سماع القاضى لها ووجوب الفصل فيها ، وهى بذلك إنما تعنى الإدعاء الذى يعتد به القانون كمحل إبتدائى للعمل القضائى، وإذا كان هذا الفقه لم يصل إلى فصلها عن فكرة المطالبة القضائية، إلا أن الإدعاء يظل هم محور فكرة الدعوى ، وهو ما يتضح من تعريفها وبيان ركناً فضلاً عن حكمها .

إذن تكون نظرية الشريعة الإسلامية فى الدعوى هى تحقيق غرض

---

(١) النظرية العامة للعمل القضائى – المرجع السابق – ص٤٥١ .

(٢) نظريات عامة فى المرافعات – للقاضى الشرعى محمود الغراب – المحاماة الشرعية – السنة ٨ – العدد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و٨ و٩ و ١٠ – ص ٧٨ وما بعدها .

(٣) الكاسانى – ٦ – ٢٢٤ ، وإبن الهمام – فتح القدير – ٦ – ص١٢٧ .

الشارع من وضعه الشريعة لمصلحة الخلق (١) .

ولكن هلا تلاشت هذه الذاتية الخاصة للدعوى الشرعية بصدور قانون إلغاء المحاكم الشرعية والملية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المعروف بقانون توحيد القضاء ؟

الواقع أن المادة ١٣من قانون التوحيد المذكور لم تفصح عن هدف المشرع من إلغاء أغلب مواد اللائحة الشرعية المتعلقة بإجراءات الدعوى والإحالة فى شأنها إلى قواعد قانون المرافعات المدنية ، ولم تفصح المذكرة الإيضاحية له - فى هذا الصدد - إلا عن القصد العام المتعلق بوضع تنظيم للإختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين على نحو يكفل توحيد جهة القضاء بالنسبة لهم جميعاً ، وإحترام ولاية القانون الواجب التطبيق (٢) .

إلا أن المشرع - من جهة أخرى - قد إعترف ، لمواد اللائحة الشرعية التى لم يتناولها الإلغاء ، فى قانون توحيد القضاء ، بأن تلك النصوص قصد بها تيسير الإجراءات فى هذا النوع من القضايا الأمر الذى رؤى من الخير الإبقاء عليها (٣) .

٧٩- ومع ذلك فإن قانون توحيد القضاء إذ ألغى الأحكام المتعلقة بإجراءات الدعوى التى كانت تنظمها اللائحة الشرعية ، إلا أنه فى الوقت ذاته أبقى على مواد أخرى منها أحال فيها صراحة أو ضمناً إلى أحكام من تلك التى تناولها المواد الملغاة ، ومن أمثلة ذلك ما يلى :

(أ) أن المادة ٢٨٦ من اللائحة الشرعية (وهى من المواد التى لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء) قد نصت على : متى يكون الحكم غيابياً أو صادراً فى مواجهة الخصوم ، و رتبت ذلك على غياب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار - وإثباتها بالطرق الشرعية ، أو بعد الجواب عليها بالإقرار .

---

(١) البابرتى - المرجع السابق - ص١٣٧ هامش .

(٢) تراجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

إلا أن المواد من ١٠٥ إلى ١١٢ من اللائحة الشرعية (فى الجواب عن الدعوى) قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

(ب) أن المادة ١٢٧ من اللائحة الشرعية (وهى من المواد التى لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء) قد رخصت فى سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإدخال أو الإخراج ٠٠ وغير ذلك من الشروط إذا وجد إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم (قاض) شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة ٣٦٤ من اللائحة الشرعية ، ولا يعتبر الإشهاد السابق ذكره حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلاً بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة ٣٧٣ من اللائحة .

إلا أن المادتين ٣٦٤ و ٣٧٣ من اللائحة الشرعية الخاصتين بأحكام الإشهاد بالوقف وتسجيله قد تناولهما القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

(ج) أن المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية (وهى من المواد التى لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء) قد أحالت فى شأن قبول المعارضة فى تقدير المصاريف إلى الكيفية والأوضاع المقررة فى المواد ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ من اللائحة الشرعية .

إلا أن المواد ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ من اللائحة الشرعية قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

ومن ثم فمن المفيد الرجوع إلى تلك الأحكام الملغاة ، وعقد المقارنة فيما بينها ، كل منها فى موضوعه من هذا الكتاب .

٨٠- أما بالنسبة للنصوص التى ألغيت من اللائحة الشرعية والخاصة بإجراءات الدعوى الشرعية ، والمنصوص عليها ضمن مواد الكتاب الرابع من اللائحة المذكورة (من ٣٢ حتى ١١٤) . وهى المنظمة لقواعد الإعلانات وقيد الدعاوى وتقديم المستندات والمرافعات . فسوف نتناول فى شأنها أحكام قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، لأنه بما تضمن من أحكام مستحدثة ومتطورة – قد أصبح القانون الواجب التطبيق ، وذلك حتى يبلغ

البحث غايته ويحقق الفائدة المرجوة من إعداده .

وبناء على ذلك ، فدراستنا للأحكام القائمة من اللائحة الشرعية بالنسبة للدعوى الشرعية (دعوى الأحوال الشخصية) والتى لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء ، وأحكام قانون المرافعات الجديد فيما ألغى من أحكام اللائحة ، هى محل البحث فى هذا الباب والأبواب السابقة من الكتاب الأول (نظرية الدعوى) (١) .

فبالنسبة للباب الأول منه نتناول فى خمسة فصول أحكام قبول الدعوى ، وسماعها ، والجواب عنها ، وتقدير قيمتها ،ورفعها وقيدها .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المواد ٥ و ٩ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥و ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات (الإثبات الآن) ، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأزره القانونى فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية – والحكمة التى إبتغاها المشرع من ذلك من إحترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك إخلال بحق المتخاصمين فى تطبيق أحكام شريعتهم ، ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع نص فى المادة ٢٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على إلغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهو الخاص بالأدلة ولم يستبقى من مواده سوى المواد الخاصة بعدم سماع دعوى الوقف عند الإنكار وشهادة الإستكشاف فى النفقات والشهادة على الوصية – إذ أنه لم يقصد بهذا الإلغاء الخروج على الأصل المقرر بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ السالف الإشارة إليه ، وإذ كان إثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها فى إثبات وقوعه وكيف يكون معتبراً شرعًا ، فإن الحكم المطعون فيه وقد طبق الشريعة الإسلامية دون قانون المرافعات والقانون المدنى فى هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون (نقض – جلسة ١٩٦٣/١/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – العدد ١ – مدنى وأحوال– ص٢٢) .

الفصل الأول

قبول الدعوى

تعريف الدعوى الشرعية ، وأطرافها، وشروطها

٨١- الدعوى الشرعية فى اللغة معنى ، وفى إصطلاح الفقهاء معنى آخر (١) .

فهى فى اللغة (٢) قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره ، إلا أن الإسم يتناول من ليست له حجة ولا يتناول من له حجة ، ولذلك يسمى المدعى قبل إقامة البينة مدعياً وبعد الإثبات يسمى محقاً ، وهى إسم وليست بمصدر والفعل إدعى والمصدر إدعاء والفها للتأنيث فلا نون وجميعاً دعاوى كفتوى وفتاوى ،والمتنازعان يسميان مدعياً ومدعى عليه ، والشىء المتنازع فيه يسمى مدعىً .

وقد عرف الفقهاء الإسلاميون الدعوى بأنها فى اللغة قول يقصد به قائله إيجاب حق لنفسه على غيره مطلقاً سواء أكان ذلك فى حالة المنازعة أو فى حالة المسائلة ، إلا أن المدعى لا يتناول فى العرف إلا من لا حجة له ومن كان له حجة سمى (محققاً) لا (مدعيًا) . وأما فى الإصطلاح فالدعوى من

---

(١) ينظر فى أحكام وتعريف وأنواع الدعوى الشرعية وأطرافها بشرح لائحة الإجراءات الشرعية - للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٢ - ص٢٣١ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - طبعة ٢ - ١٩٢٥ - ص٣ وما بعدها ، ومباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى - طبعة ٣ - ١٩٢٤ - ص٣ وما بعدها ، وشرح الدر المختار - للعلامة محمد علاء الدين الحكصفى - جزء ٢- مكتبة صبيح بالأزهر - ص١٩٨ وما بعدها .

(٢) أورد الفقهاء أن للدعوى الشرعية خمسة عشر تعريفًا (القضاء فى عصور الإسلام - المحامى الشرعى عباس طه - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٧و٨ - ص٤٠٠ والمراجع العديدة التى اشار إليها) .

حيث دعوى هى قبول مقبول عند القاضى ومن فى حكمه كالمحكم يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حالة المنازعة أو دفعه عن حق نفسه . ويهذا تختلف الدعوى عن الشهادة والإقرار ، فالشهادة إخبار بحق للغير على الغير ، والإقرار إخبار للغير على المقر (١) .

إن الخصومة لا تحقق شرعًا إلا بالدعوى ، وهى لا تكون إلا أمام القاضى إذ هى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفع الخصم عن حق نفسه (٢) .

وأما الدعوى بالتاء فهى فى النسب بكسر الدال وفى المأدبة بفتحها .

وهى فى إصطلاح الفقهاء قول مقبول عند القاضى يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره . أو دفعه عن حق نفسه .

وسبب الدعوى هو إرادة تحصيل الحقوق (٣) .

ذلك أن سبب الدعوى إرادة تحصيل الحقوق التى يترتب عليها بقاء الإنسان أو بقاء ماله . فالأول كالنكاح وهو واجب الدوام والإستمرار حتى يظل بقاء النوع الإنسانى مأمون الوجود والثانى المال وهو عصب الحياة وقطب رحاها وغاية مداها (٤) .

---

(١) عباس طه المحامى الشرعى – فى عالم القضاء – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٥ و ٦ – ص٢٢٥ وما بعدها ، والسيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١١/١٣ – المحاماة الشرعية ، والسنة ٢ ، ص٦١٤ ، ونجع حمادى الشرعية، جلسة ١٩٥٥/٦/٢٥ ، المحاماة الشرعية – السنة ١٦ ص٢٧١ .

(٢) ديروط الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٢/٢٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – ص٢٣٢ ويراجع . شرح الدر – جزء ١ – كتاب الدعوى .

(٣) ولا تملك محكمة الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا تملك تغيير سبب الدعوى ، وسبب الدعوى هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب ، وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم فى دفاعهم (نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ٢ – مدنى – ص٨٦٨) .

(٤) القضاء فى عصور الإسلام – بحث للأستاذ عباس طه المحامى الشرعى – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٧و٨ – ص٤٠٥ وما بعدها .

والدعاوى إن لم تقام عليها ... بينات ، أصحابها أدعياء وقال اللامة الزركشى فى (المحيط) :

« أجمع الفقهاء على أن المدعى به فى الدعوى لابد أن يكون معلومًا ومحدداً . فلا يصح فقهًا أن تلحقه جهالة أو يحيط به إبهام أو يكتنفه غموض أو لبس حتى يمكن للقاضى أن يقضى فيه عن بينة لصاحب الحق ، والقاضى لا يقضى إلا عن بينة حتى يكون قد أدى رسالته الخطيرة التى فرضت عليه فلا يقضى فى مجهول ولا يقضى فى مبهم ، ولا يحكم إلا فى هدى وتبصرة » .

إن الحقوق القضائية لا يقصد منها سوى الدعاوى المرفوعة التى ترفع بشأن حقوق الزوجية كلها أو بعضها . أما الحقوق الشرعية فالمفهوم منها جميع الحقوق التى ترتبت للمدعية على المدعى عليه بمقتضى عقد الزواج الذي تم بينهما من نفسه وصداق وغير ذلك مما هو من نتائج الزواج ومستلزماته (١) .

إن لكل ذى حق أن يطالب به ولا طريق إلى ذلك إلا الدعوى وهو حق مقرر شرعاً وقانوناً لكل ذى حق فلا يحول بينه وبين إستعمال هذا الحق صدور حكم فى خصومة لم يكن طرفًا فيها ولو كان هذا الحكم قد تناول البحث أو الفصل سبب ما يدعيه (٢) .

الدعوى متجددة السبب يصح سماعها ولو سبق الفصل فيها (٣) .

وأنواعها دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة .

١- الدعوى الصحيحة هى التى إستوفت الشروط التالية :

---

(١) مصر الشرعية – جلسة ١٠/١٠/١٩٤٠ القضية ٢٧٨٣ سنة ١٩٣٩ مستانف – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – العدد ٢– ص٨٩ .

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٦/١/١٩٤٩ القضية ٢٢ سنة ١٩٤٩ كلى – المحاماة الشرعية ، السنة ٢١ – ص٦١ .

(٣) المنيا الشرعية ، جلسة ٢٩/١٠/١٩٣٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ، ص٦٩٧ .

(١) أن يكون المدعى به معلوماً ، لأن المقصود بالدعوى هو القضاء بما تضمنته للمدعى على المدعى عليه ويحتاج فى إثباتها للشهادة عليها الشهادة والقضاء بالمجهول لا يصحان لعدم الفائدة منهما ، كذلك الدعوى بالمجهول غير صحيحة .

(٢) أن تكون الدعوى بمجلس القضاء ، لأنه لو حصلت فى غير مجلس القضاء كانت غير صحيحة ، ولاتترتب عليها أحكامها .

(٣) أن تكون الدعوى بلسان المدعى بعينه إذا لم يكن له عذر يمنعه من حضور المخاصمة أمام القاضى ، فلو وكل فى الخصومة من غير عذر، ولم يرض المدعى عليه بهذا الوكيل وادعى الوكيل بلسانه لم تصح دعواه ، ولا يترتب عليها وجوب جواب المدعى عليه عنها (عند الإمام أبى حنيفة) أما عند الصاحبين (أبى يوسف ومحمد) فلا يشترط هذا الشرط فى صحة الدعوى ، بل للشخص أن يوكل عنه فى الخصومة من شاء وإن لم يرض خصمه ، وعندئذ يقوم الوكيل مقام الأصيل وتصح منه الدعوى ، وتترتب عليهما جميع أحكامها – ورأى الصاحبين هو المعمول به .

(٤) أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة ، وإلا فلا تسمع الدعوى ولا تصح .

ويشترط فى صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت شرعاً ، فدعوى المستحيل عقلاً أو عادة لا تسمع .وأن من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى جازماً بدعواه (١) .

(٥) أن تكون الدعوى ملزمة للخصم بشىء على فرض ثبوتها ، وذلك أنه لو لم يترتب عليها إلزام الخصم بشىء على فرض ثبوتها لم تصح فلا تسمع ، لأن سماعها عندئذ والإشتغال بإثباتها ضرب من العبث يجب تنزيه أعمال العقلاء عنه (٢) .

---

(١) أخميم الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٥/٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٤و ٥و ٦ – ص٢٣٥ .

(٢) السيدة زينب الشرعية –جلسة ١٩٥٢/١/٢٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ٤ و ٥ و ٦ – ص٢٤٢ .

(٦) أن تكون هناك خصومة حقيقية بين المدعى والمدعى عليه . فإذا لم تكن هناك خصومة حقيقية وتنازع بين المتداعين فى نفس الأمر ، وإنما، عقدت خصومة ظاهرية بقصد الإحتيال للوصول إلى القضاء توصلاً لشيء أخر خارج عن موضوع الدعوى لم تصح ، ولا يجوز سماعها .

(٧) أن لا يكون فى الدعوى تناقض ، والتناقض فيها أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقر له فى دعواه ، ومتى وجد التناقض فى الدعوى منع من سماعها لإستحالة ثبوت الشيء وضده .

(٨) أن يطلب المدعى من القاضى سؤال المدعى عليه من الدعوى .

(٩) أن يحضر المدعى والمدعى عليه إلى مجلس القضاء إن تسنى نقله بغير نفقة .

وحكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها ، وسماع بينة المدعى إذا أنكرها المدعى عليه وجوب اليمين على المدعى عليه إذا عجز المدعى عن إثباتها وطلب تحليفه ووجوب الحكم بالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين (١) .

أنه وإن كان الحق فى رفع الدعوى الشرعية هو حق مقرر لكل من آنس مساساً بحق مقرر له ، وليس لأحد عليه حق المنع من تمكينه فى المضى فى دعواه بما يراه هو لها من تكييف قانونى صحيح أو غير صحيح ، إلا أنه حق ككل الحقوق لا يجوز من الوجهة القانونية الصحيحة إستخدامه لمجرد النيل من الغير والكيد له إذا الحق فى يد صاحبه ، وربما للحق من القداسة لدى

---

(١) لا تتقيد محكمة الموضوع فى تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذى تتبينه من وقائع الدعوى وترى أنه ينطبق عليها لتنزل حكم القانون على ما ثبت منها أنه هو التكييف الصحيح ولو قصر فى مسألة شكلية تتعلق بجواز أو عدم جواز الإستئناف قبل مناقشة إعدادها من المسائل المتعلقة حتى لا يحرم أى من الطرفين حقه بشأنها (نقض - جلسة ٢٩/٥/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى - ص٦٩٩) .

حامله حتى تقف فيه المنفعة المرجوة منه عند حد عدم المضى فى نفاذه من طريق التشبع بنية إلحاق الضرر فحسب . ويستحيل على القاضى وقد تبينت له وجوه التعسف فى إستعمال الحق وبانت له الأغراض الحقيقية التى يرمى إليها من يدعى الحق فى رفع الدعوى بوجه عام ، وكانت الأغراض غير جدية وتنصرف حتمًا إلى مضايقة الخصم لا إلى الرغبة فى الوصول إلى نتيجة جدية يحميها القانون ، يستحيل عليه أن يقر الأعمال التعسفية من طريق تمكين القائمين بها تمكينًا مباشرًا أو غير مباشر ، بل يجب قانونًا وعدلاً وعملاً الوقوف فى سبيل المضى فى إستخدام الحق إستخدامًا تعسفيًا والحيلولة بين المتعسف وتحقيق رغبته (١) .

٢- أما الدعوى الفاسدة فهى التى لم تستوف شروط الدعوى السالفة البيان (٢) .

وحكمها عدم وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها .

وأطراف الدعوى هى الأمور التى تستلزمها ، بحيث لا تتصور دعوى بدونها .

وهى أربعة : مدعى ، ومدعى عليه ، ومدعىً ، ودعوى .

فالمدعى هو طالب الحق .

والمدعى عليه هو المطلوب منه الحق .

والمدعىً هو الحق الذى يطلبه المدعى من المدعى عليه .

والدعوى هى القول الذى من المدعى ليفيد أن له حقًا قبل المدعى عليه .

---

(١) مصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٢٧/٥/٢٩ القضية رقم ٧١٩ سنة ١٩٢٥ - كلى - المحاماة الشرعية - السنة ١- ص٤٧٤ .

(٢) ينظر فى حكم الدعوى الصحيحة والفاسدة : مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإبيانى - طبعة ١٩٢٤ - ص١٩، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - ١٩٢٥ - ص٣٠.

ويذكر الفقهاء الفروق التالية (١) بين المدعى والمدعى عليه (٢) .

١- أن المدعى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه .

٢- أن المدعى يلتمس قبل غيره لنفسه عينًا أو دينًا أو حقًا ، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

٣- أن المدعى من يخبر عما فى يد غيره لنفسه ، والمدعى عليه من يخبرهما فى يد نفسه لنفسه .

٤- أن المدعى من يتلمس خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر .

٥- أن ادعى عليه هو المنكر ، والآخر المدعى (٣) .

شروط قبول الدعوى فى قانون المرافعات الجديد:

٨٢- تقضى المادة ٣ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بأنه « لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب

---

(١) تراجع هذه الفروق فى : مباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإبيانى - المرجع السابق - ص ٥ ، وشرح اللائحة الشرعية - للأساتذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص٢٣١ والأصول القضائية - للقاضى على قراعة - المرجع السابق - ص٥ و ٦ .

(٢) وقد قضى بأن الدعوى تتعين وتتميز عن غيرها بمشخصاتها وهى طرفا الخصومة والموضوع - فإذا تغير أحد من هذه المشخصات كأن إختلفت فى الموضوع ، تغيرت الدعوى ولو إتخذ الموضوع كما تتغير إذا إختلف الموضوع وإتحد الخصوم فيها (العليا الشرعية - جلسة ١٩٣٨/٢/٢٢ المحاماة الشرعية - السنة ١٠ - ص٣٢٢) .

(٣) من ذلك يتضح أن الدعاوى القضائية الشرعية قد تطورت إلى حد يبعث على الرضا والإعجاب : فلا يدلى المدعى بدعواه إلا وبيده حجته الناحضا ، بخلاف ما إذا كانت حجته داحضة : ففى هذه الحالة الأخيرة لا ترقى إلى الحيز القضائى ولا يقام لها وزن (فى عالم القضاء - للأستاذ عباس طه - المحامى الشرعى - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٥ و ٦ وما بعدها - ص٢٥٥ وما بعدها) .

الإحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع » .

ويبين من مطالعة هذا النص أن المشرع لم يعن من شروط قبول الدعوى التى أجمع عليها الفقه والقضاء إلا بشرط المصلحة (١) . فتلك الشروط محل إجتهاد فى الفقه وفى القضاء ، ويندر تدخل المشرع فى تفاصيل هذه الشروط .

شروط قبول الدعوى التى تناولها أبحاث الفقه والقضاء هى :

الصفة ، والمصلحة ، والأهلية :

أولاً – الصفة :

٨٣– وتوافر الصفة شرط لقبول الدعوى ، بإجماع الفقه والقضاء، وهو شرط بديهى يتعلق بطرفى الخصومة ، بحيث يتعين أن تكون للمدعى صفة فى المطالبة بما يدعيه ، وأن تكون للمدعى عليه صفة فى توجيه الدعوى إليه ، أى أن الصفة تحقق ما يشترطه القانون فى جانب كل منهما (٢) .

والمنازعة فى الصفة تكون على صورة دفع بعدم القبول .

إن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى هو دفع موضوعى يقصد به الرد على الدعوى برمتها ، ويترتب على قبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها وتستنفد محكمة الدرجة الأولى بالقضاء به ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى ويطرح الإستئناف عن هذا الحكم الدعوى بما إحتوته من طلبات وأوجه دفاع على محكمة

---

(١) جاء فى كتاب إبن فرحون المالكى (تبصرة الحكام) جزء ١ – ص٣٧ « لا يسمع القاضى الدعوى فى الأشياء التافهة الحقيرة التى لا يتشاح فيها العقلاء كعشر سمسمة » – قاله القرافى .

(٢) المرافعات – للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ٣ – ص١٢٢ .

الإستئناف ، فلا يجوز لها فى حالة إلغاء الحكم وقبول الدعوى أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها (١) . بل يجب عليها المضى فى نظر الدعوى قبل صاحب الصفة الحقيقى .

ويذهب رأى فى الفقه والقضاء دون إعادتها للمحكمة الإبتدائية لإستنفاد ولايتها فيها (٢) إلى أن الدفع بإنتفاء الصفة من النظام العام ، ذلك لأن القاعدة أن المحكمة لا تعتد بالطلب أو بالدفع أو بالطعن إلا إذا كان مطروحًا عليها من جانب الخصم صاحب الصفة فى مواجهة الخصم صاحب الصفة أيضاً ، حتى لا تشغل المحاكم بطلبات لا يفيد منها أحد (٣) .

ويلاحظ أنه إذا زالت الصفة بعد إقامة الدعوى فإن من شأن ذلك أن ينقطع سير الخصومة طبقاً للمادة ١٣٠ من قانون المرافعات ، ولا يؤدى ذلك إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ، وإنما إلى الحكم بإنقطاع سير الخصومة لزوال صفة المدعى .

المقرر أن حجية الإعلام الشرعى تدفع – وفقًا لنص المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية بحكم يصدر من المحكمة المختصة .

نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها متى لم تكن له أم معروفة طالما كان مثله ممن يولد لمثلها ، وأن يصادقها المقر على إقرارها إن كان فى سن التمييز دون توقف على شىء آخر ودون حاجة إلى إثبات ، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو زواج فاسد أو من غير زواج شرعى كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة ، إذ أن ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة وإلا وجب لثبوته

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٠/١/٧ – المحاماة – السنة ٥٢ – العدد ٣ و ٤ – ص٣٨ و ٣٩ ، ومنشور أيضًا : بمجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ العدد ١ – مدنى وأحوال – ١٨ ، ونقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٥ – المحاماة – السنة ٤٩ – العدد ١ – رقم ٢٧ – ص٩٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧١/٥/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – ٢٢ –٢ – ٧٠٢ .

(٣) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المرجع السابق – ص٢٣ وما بعدها ، وأصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٣٢٥ .

من زوجها أن يصادقها أو يثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجية ، وحينئذ يثبت نسبه منها (١).

إن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة المؤسس على عدم وجود علاقة ، هو فى حقيقته دفاع فى موضوع الدعوى وأزاد على أصل الحق المطالب به (٢) .

وبطلان الإجراءات المبنى على إنعدام صفة أحد الخصوم فى الدعوى لا شأن له – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – بالنظام العام ، إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته ، فإذا ما تنازل عنه « فإن تنازله يسقط حقه فى التمسك به (٣) ذلك لأن البطلان المبنى على فقد أحد الخصوم صفته فى الدعوى بطلان نسبى .

إنه وإن كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يكن المدعى صاحب صفة فى رفعها ، إلا أنه متى إكتسب المدعى هذه الصفة أثناء نظر الدعوى مراعيًا المواعيد والإجراءات المنصوص عليها فى القانون، فإن العيب الذى شاب صفته عند رفعها يكون قد زال وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها ، وتكون للمدعى عليه مصلحة فى التمسك بهذا الدفع (٤) .

ثانيًا : المصلحة :

٨٤– يشترط لقبول الدعوى أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضى حتى تعود على المدعى منفعة من إختصام المدعى عليه للحكم عليه بطلبه مما وصفه قانون المرافعات بأنه المصلحة التى

---

(١) نقض جلسة ١٩٩٧/٣/٢٧ الطعن ٢٧ لسنة ٦٣ق أحوال ، المحيط ، للمستشار حسن منصور طبعة ١٩٩٨ .

(٢) التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، المرجع السابق ، ص٢٦ .

(٣) نقض جلسة ١٩٦٠/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٢٠ق ، ونظرية المصلحة فى الدعوى – رسالة دكتوراه – للدكتور عبد المنعم الشرقاوى رقم ٢٨٨ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٢٣/١/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – مدنى – ص٤٠٨ .

يقرها القانون ، ولا يخرج الطعن بالنقض عن هذا الأصل (١) .

والمصلحة – كشرط لقبول الدعوى – هو الشرط الذى عنى به نص المادة الثالثة من قانون المرافعات الجديد دون باقى شروط قبولها التى أجمع الفقه والقضاء عليها ، فما لم تتوافر المصلحة لا تقبل الدعوى ، ولذلك يقال مناط الدعوى L'intéret est la mésure de l'action وأنه لا دعوى حيث لا مصلحة (٢) . pas d'intéret, pas d'action .

وليس بلازم ثبوت الحق لتوافر المصلحة ، بل تكفى شبهة الحق حتى تكون الدعوى جديرة بالعرض على القضاء (٣) .

أقسام المصلحة وشروطها :

والمصلحة إما أن تكون قائمة وحالة ، وإما أن تكون محتملة أو مستقبلة ، وهناك المصلحة القانونية ، والمصلحة الشخصية المباشرة والمصلحة المشروعة ، والمصلحة النافية (٤) .

وقد إجتهد رجال الفقه والقضاء فى بيان إعتبار بعض أنواع المصلحة ضمن شروط قبول الدعوى ، أو أنها ليست بشرط لقبولها (٥) .

١– فالمصلحة القائمة مؤداها أن يكون قد وقع بالفعل إعتداء على حق رافع الدعوى أو المركز القانونى الذى يسعى إلى حمايته برفع الدعوى .

---

(١) نقض – جلسة ١٦/٥/١٩٧٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – مدنى وأحوال – العدد ١– ص٩٣٣ .

(٢) نقض – جلسة ٩/٥/١٩٧٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – ٢ – ٨١٩ .

(٣) أصول المرافعات – للدكتور أحمد مسلم – المرجع السابق – ص ٣١٤ ، والمرافعات للدكتور عبد المنعم الشرقاوى – ص٤٢ ، ورسالته « نظرية المصلحة فى الدعوى » – ٤١٣ ، ونظرية الدفوع – للدكتور أحمد أبو الوفا .

(٤) نقض – ١٢/٦/١٩٦٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ٢ مدنى – ص٩٧٠ ، ونقض – جلسة ٧/١٢/١٩٥٠ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص٤٥٠ ، ونقض – جلسة ٧/٣/١٩٦٣ – المرجع السابق – السنة ١٤ – ص٢٨٨ .

(٥) المراجع السابقة لشرح هذه الأنواع من المصلحة ، والقانون القضائى الخاص – للدكتور إبراهيم نجيب سعد – جزء ١ – طبعة ١٩٧٤ – ص١٤٧ وما بعدها .

٢- والمصلحة القانونية هى التى تستند إلى حق أو مركز قانونى ، ويهدف المدعى من دعواه إلى حماية هذا الحق أو المركز القانونى بتقرير إذا وزع فيه ، أو دفع العدوان عليه ، أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك.

وقد دل نص المادة ٣ من قانون المرافعات الجديد على أن المشرع عنى بصفة خاصة بالمصلحة القائمة التى يقرها القانون .

٣- والمصلحة المحتملة أو المستقبلة ، فالمحتملة هى التى لم تولد بعد ، وهى بهذه المثابة وأخذاً من نص المادة الثالثة من قانون المرافعات الجديد - لا تكفى لقبول الدعوى إلا بصفة إستثنائية فى حالتين :

(أ) إذا كان الغرض من الدعوى الإحتياط لدفع ضرر محدق .

(ب) إذا كان الغرض منها الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

أما إذا كانت المصلحة غير حالة بأن كانت مع وجودها مستقبلة ، فالمقرر أنها لا تبرر قبول الدعوى قبل حلولها .

لئن كانت دعوى الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أنه يترتب عليها آثار مالية قد تختلف بإختلاف الإبقاء على عودة الزوجية أو فصمها بالطلاق ، ومن المستقر فى قضاء النقض أن العبرة فى قيام المصلحة فى الطعن بطريق النقض هى بوجودها وتحت صدور الحكم الحلول - محل الطاعنة المتوفاة - مصلحة محتملة فى الإستمرار فى المطعون فيه ، ولا يعتد بإنعدامها بعد ذلك ، ولما كان لطالب الطعن المعروض ، تتمثل فى كونه أحد ورثتها ، وكانت هذه المصلحة متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه لوجود الطاعنة على قيد الحياة حينذاك ، فإن وفاتها بعد ذلك لا تأثير لها على تحقق هذه المصلحة وتوافرها فى هذا الطعن ، لما كان ذلك فإن طلب الحلول يكون فى محله (١) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٢٣/٦/٢٧ مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى وأحوال، ص٩٨٢ ، ونقض ، جلسة ١٩٧١/١/٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص٢٣ .

٤- أما المصلحة الشخصية المباشرة فيراد بها أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانونى محل النزاع أو نائبه ، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق أو مركز قانونى لرافع الدعوى أو من ينوب عنه رافع الدعوى إذا كان رافع الدعوى نائبًا عن غيره ، فلا تقبل الدعوى من غير صاحب الحق أو المركز القانونى المعتدى عليه مهما كان للغير من مصلحة فى حماية حق غيره (١) .

ويكفى لتحقيق المصلحة فى الطعن - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - قيامها وقت صدور الحكم المطعون فيه ولا يحول دون قبول الطعن زوال المصلحة بعد ذلك (٢) .

ثالثًا - الأهلية :

٨٥- إختلف فقهاء المرافعات فى مصر وفى فرنسا على إعتبار الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى أو عدم إعتبارها كذلك .

فيذهب البعض منهم - إلى أنه يشترط لقبول الدعوى أن يكون رافعها أهلاً لمباشرتها طبقاً لقانون الأحوال الشخصية .

بينما يرى البعض الآخر - أن الأهلية ليست شرطًا لقبول الدعوى وإنما هى شرط لصحة إجراءاتها ، بحيث إذا باشر الدعوى من ليس أهلاً لمباشرتها كانت مقبولة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة ، وتكون الدعوى عندئذ مدفوعة بالبطلان وليس بعدم القبول (٣) . والسائد فى الفقه الآن هو إعتبار الأهلية من شروط صحة الخصومة لا من شروط قبول الدعوى (٤) .

---

(١) الوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - المرجع السابق - ص١١٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/١٠/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى - ص١٥٥٧ .

(٣) الوسيط - للدكتور رمزى سيف - المرجع السابق - ص١٣٧ .

(٤) أصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص٣٢ .

فقد قضى (١) بأنه تبين من إعتراف المدعية أن الزوج قاصر وقت رفع الدعوى وصرح وكيلها أن سنه لا تجاوز التاسعة ، وبمقتضى ذلك لا تسمع الدعوى عملاً بالمادة ٩٩ من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ ، فقد نصت على أن دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة، ولا شك أن دعوى الطلاق متضمنة لدعوى الزوجية ومبنية عليها ، فنص المادة المذكورة شامل لها ، لأنه لم يفرق بين دعوى الزوجية قصداً ودعواها ضمناً ، وقد جاء النص على أن دعوى الزوجية لا تسمع مطلقاً ، سواء أكان النزاع فى منشور الحقانية رقم ٢٦ فى ١٩٣١/١/١١ مؤيداً لما ذكرنا ، فإنه ذات الزوجية أم فيما ترتب عليها من الآثار .

وقضى (٢) بأنه بلغ إذا الصغير البلوغ الشرعى صار فى يد نفسه ، فله أن يستقل ، وله أن يختار عند من يكون ، خصوصاً إذا إجتمع له رأى وعقل لا يخشى عليه الفتنة .

ومن ثم فمتى بلغ الصغير ١٨ سنة والصغيرة ١٦ سنة ، فإنه يخاصم كل منهما بنفسه ، مدعياً كان أو مدعى عليه ، وتكون الدعوى من أيهما مسموعة متى بلغ السن قبل الحكم فى الدعوى .

والصبى المميز أهل للخصومة وأهل الخصومة أهل الدعوى وأهل الدعوى أهل للحلف (٣) .

وحيث أن وكيل المدعى عليه إعترف بأن سن المدعى يزيد على ثمانى عشر سنة ، فهو بإعترافه هذا أهل للخصومة شرعاً لتجاوزه درجة البلوغ الشرعى بالسن وهو خمس عشرة سنة ، وهذا كاف فى قبول الدعوى أمام

---

(١) سنورس الشرعية – جلسة ١٩٣١/١/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٣ – ص٢٣٢ .

(٢) اسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤١/٢/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ١٤ – ص٢٣٢ .

(٣) العياط الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١/٦ – المحاماة الشرعية – السنة ١ – ص٥٣٠ .

المحكمة على أنه أهل الخصومة فى هذه الدعوى قانوناً (١) .

وللصغير متى بلغ البلوغ الشرعى أن يخاصم ويخاصم فى غير التصرفات المالية ، يستثنى من ذلك فقط ما نص عليه فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ (٢) .

والأهلية لدى فقهاء القانون الوضعى هى وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات (٣) .

وقد تناولنا – فيما تقدم (٤) – الأصول الشرعية فى أهلية سماع دعوى الزوجية .

وقد قضى بأن المستأنف عليه لم يبلغ سن الرشد القانونية ، فلا يملك الخصومة مع وجود وليه وعدم إجازته (٥) .

وقضى أيضاً بأنه إذا بلغت البنت الخامسة عشرة كانت هى الخصم فى دعوى ضمها لعصمتها ولا تعتبر والدتها خصماً عنها فى ذلك (٦) .

وقضى أيضًا فى طلب المدعى الحكم على زوجته المدعى عليها بالدخول فى طاعته فى المسكن المبين فى صحيفة الدعوى وأمرها بذلك وإلزامها بالمصاريف .

ولدى المرافعة حضر وكيل المدعى عليها ودفع بعدم سماع الدعوى

---

(١) ملوى الشرعية – جلسة ١٩٣٥/٢/٢٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٧ – ص٨٤٩.

(٢) شبين الكوم الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٦/١٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – ص١٣٣ .

(٣) شبين القناطر – جلسة ١٩٤٦/١١/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ١٨ – ص٤٥.

(٤) تراجع – سابقاً – الفقرات ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ من هذا الكتاب .

(٥) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٤/١٠/١٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٥٦ – ص٥٧.

(٦) محكمة الإستئناف الشرعية الأردنية – كتاب المبادىء القضائية للأستاذ محمد حمزة العربى – طبعة ١٩٧٣ – ص١٣١ .

لأنها لم تبلغ سن الخصومة ، وقدم شهادة ميلادها ، وفيها أنها مولودة في ١٩٦٢/٧/٤ .

وبجلسة ١٩٧٥/٢/٩ حكمت المحكمة حضورياً بعدم سماع هذه الدعوى وألزمت المدعي مصاريفها الرسمية ومائتي قرش أتعاب المحاماة(١).

وأقامت هذا القضاء على سند من القول بأنه ثبت من شهادة ميلاد المدعى عليها أن سنها الآن بالتاريخ الهجري ٦ يوم ١٣ سنة ، ومن ثم لم تبلغ سن الخصومة وهو ١٥ سنة ، وبالتالي فهي غير أهل للخصومة .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت أهلية الخصومة قضاء في مسائل الأحوال الشخصية إنما تتحقق بالبلوغ بالعلامات الطبيعية كالحيض بالنسبة للأنثى ، فإذا لم تحض كان البلوغ بالسن خمسة عشر عامًا ، وكانت المادة ٩٩/٤ من لائحة المحاكم الشرعية قد قضت بعدم سماع دعوى الزوجية وما يتعلق بها إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة – لما كان ذلك وكان الحكم قد أقام قضاءه بعدم سماع الدعوى على سند من أن المدعى عليها لم تبلغ من السن ١٥ سنة وأنها بهذا غير أهل للخصومة فإنه يكون قد بنى على أساس قانوني خاطيء .

---

(١) المنزلة – جلسة ١٩٧٥/٢/٩ – القضية ٢٧٦ سنة ١٩٧٤ – أحوال نفس .

الفصل الثانى

سماع الدعوى

٨٦- قلنا إن الدعوى الشرعية تتميز بسمات تضفى عليها ذاتية خاصة ، لمساسها بعلاقات الإنسان بزوجه وأولاده وأسرته منذ كان جنيناً حتى قضى ، سواء أكانت تلك العلاقات خاصة بذاته أو بصفاته أو بأمواله .

ولم يكن هناك تقنين للمرافعات الشرعية مثلما كان للمرافعات المدنية ، إلا أن المرافعات الشرعية إستمدت أصولها مما تضمنته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية منذ عام ١٨٨٠ من الإجراءات ومما تخلف عن رجال القضاء الشرعى من تراث نفيس من المبادىء القضائية .

ومن تلك السمات المميزة أحكام سماع الدعوى وعدم سماعها .

وقد أبقى قانون توحيد القضاء على بعض نصوص من اللائحة الشرعية تناولت أحكام عدم سماع الدعوى ، وألغى بعضها الآخر .

وهذه الأحكام الباقية قد نصت عليها المواد ٩٨ ، ٩٩ ، ١٣٧ ، ٣٧٥ .

فتقضى المادة ٩٨ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٣١ بشأن اللائحة الشرعية على أنه :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحد منها ، وكذا الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر » .

ونصت المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية على أنه :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة للتزوير تدل على صحتها .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ .

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة أو أن سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان يدينان بوقوع الطلاق » .

ونصت المادة ١٣٧ من اللائحة الشرعية على أنه :

« يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا وجد إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة ٢٦٤ من هذه اللائحة وكان مقيداً بدفتر إحدى المحاكم الشرعية المصرية .

وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونًا بكتاب الوقف المسجل وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر .

ولا يعتبر الإشهاد السابق الذكر حجة على الغير إلا إذا كان ملخصه مسجلاً بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة ٣٧٣ من هذه اللائحة » .

ونصت المادة ٣٧٥ من اللائحة الشرعية على أن :

« القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها إلا فى الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المادة (١) .

يقضى الفقه بأن من شروط صحة الدعوى أن يكون كل من الخصمين عاقلاً ، فدعوى المجنون غير صحيحة ، وينوب عنه وليه (٢) .

ولابد لقبول الدعوى من وجود المدعى به فى يد المدعى عليه فيطالب به ، أو فى يد المدعى فيطلب منع التعرض له فيه ، ولا ثالث بعد ذلك تقبل الدعوى به – ومتى كان المقصود بالدعوى الحيلولة بين المدعى وبين تنفيذ حكم نهائى صادر له رد قصده عليه (٣) .

ويكفى فى الدعاوى بيان غرض المدعى من كلامه (٤) .

---

(١) وقد قضى بأن ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وإنكار الخصم للحق طول المدة وعدم العذر الشرعى مانع من سماع الدعوى ، ومن ذلك ما جاءت به المادة ٢٧ من القانون ٢٨ لسنة ١٩٣١ (اسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٤/٢/١٠ ، والمحاماة الشرعية – السنة ١٦ ص١٧٠ وأسيوط الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/٤/٦ ، والمرجع السابق ، السنة ١١ ، ص١٢٥) .

(٢) الجمالية الشرعية – جلسة ١٩٣١/٥/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٨ – ص٢٠٤ .

(٣) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١١/١٣ – المرجع السابق – السنة ٢– ص٦٤٤ .

(٤) الجمالية الشرعية – جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١ – المرجع السابق – السنة ٦ –ص٢٥٢.

وإذا لم يكن المدعى جازماً بالدعوى تكون غير صحيحة شرعاً [1] .

وقرار (حكم) الدعوى المبنى على سبق الفصل فى الموضوع برفضه من محكمة أخرى نهائياً لظهور كذبها هو بمعنى عدم السماع طبقاً لما هو مقرر فقهاً من أن شرط سماع الدعوى أن لا تكون مكذوبة . فلا يكون هذا القرار (الحكم) مانعاً من سماع هذه الدعوى مرة أخرى [2] .

وحيث إن القول بأن الدعوى فيها شك إذا لم يصر المدعى على سبب فيها لا وجه له ، لأنه لا مانع من سماع الدعوى إذا بنيت على سببين أو أكثر ما دام كل منهما أو مجموعهما لو ثبت يوجب الحكم بالمدعى ، ولا يعتبر هذا من الشك فى الدعوى [3] .

وحيث أن ما دفع به من سبق الفصل فى هذه الدعوى (تسليم صغيرة لتجاوزها سن الحضانة) واجب الرفض ، لأن المنع من هذه الدعوى ليس منعاً كلياً ، بل أن هذا مما يتعدد سببه فيصح تعددها كلما تعدد السبب[4].

الدعوى متجددة السبب يصح سماعها ولو سبق الفصل فيها إذا تغير الحال [5] .

معنى عدم سماع الدعوى :

٨٧- يستفاد من نصوص المواد السابقة ومن المبادىء القضائية الشرعية أن عدم سماع الدعوى كانت له معان متعددة ، وأنه يدفع بعدم سماع الدعوى على النحو التالى :

(١) إذا أريد الدفع بعدم سماع الدعوى لسابقة الفصل فيها :

٨٨- فسائر الحقوق التى تتجدد بتعاقب الزمان كاليسار والإعسار

---

(١) إسنا الشرعية - جلسة ١٩٣٨/٤/١٦ - المرجع السابق - السنة ٩ - ص٥٤٩ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٦/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص٢٨ .

(٣) المنيا الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص٢٥.

(٤) كرموز الشرعية - جلسة ١٩٣١/٩/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص٢٦٥.

(٥) المنيا الشرعية - جلسة ١٩٣٥/١٠/٢٩ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص٦٩٧.

وإستحقاق النفقة والحضانة ، ليس يمنع من سماعها سبق الفصل فيها (١).

إن قرار(حكم) رفض الدعوى المبنى على سبق الفصل – فى الموضوع برفضه نهائياً لظهور كذبها ، هو بمعنى عدم السماع طبقاً لما هو مقرر فقهًا من أن شرط سماع الدعوى أن تكون مكذبة قطعاً ، فلا يكون هذا القرار مانعاً من سماع الدعوى مرة أخرى (٢) .

ولا يقبل للدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل من محكمة غير مختصة ، ولا يمنع المحكمة صاحبة الإختصاص من النظر والفصل فى الدعوى (٣) .

كما أن سبق الفصل فى دعوى تختلف فى موضوعها عن الدعوى الثانية ، وفى إختلاف المدعى فى الدعويين لا يمنع من سماع الدعوى الثانية(٤) .

والدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فى غير محله ، متى كانت الدعوى قد فصلت بالطريق الشرعى ، فلا تعاد ولا تنقض إلا إذا أتى المدعى بجديد لم يكن فى الأولى (٥) .

وإذا ظهر أن الموضوع مختلف فلا يصح الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها ، وإذا كان الموضوع مختلفاً والجهة منفكة ، فلا يكون

---

(١) مصر الشرعية – جلسة ١٩٢٧/٥/١٧ ، القضية رقم ٣٧٤٦ سنة ١٩٢٦ ، مجلة القضاء الشرعى – السنة ٤.

(٢) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/٦/٢ ، القضية ١١١ سنة ١٩٣٨ /١٩٣٩ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٩ ، ص٢٨ ، السنبلاوين الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٦/٢٩ – القضية ٨٦١ سنة ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، السنة ٢٥ ، العدد ٧ و٨ و٩ و ١٠ – ص٤٢٨ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٣٨/٤/١٠ ، القضية ٣-٤ سنة ١٩٣٦/١٩٣٧، المحاماة الشرعية ، السنة ٧ ، ص١٣٨ .

(٤) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٣٨/١٢/١٠ – القضية ٢١٥ سنة ١٩٣٧/١٩٣٨ المرجع السابق ، السنة ٧ ، ص٣٣٦ .

(٥) أبنوب الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/١/١٥ ، القضية ١٦١ سنة ١٩٣٩/ ١٩٤٠ ، المرجع السابق ، السنة ٩ ، س٤٠٠ .

هناك تناقض ويصح الدفع به . على أن المقرر فقهاً ، والذى إستقر عليه العمل قضاء أن التناقض فى دعاوى الإستحقاق يكون مغتفراً إذا كان سببه الخطأ فى فهم شرط الواقف (١) .

هذا فى الأصول الشرعية لمبادىء المرافعات .

أما فى قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإن لحُجية الشىء المقضى أحكام أخرى سوف نعود إلى بحثها فى الكتاب الثانى من هذا البحث (نظرية الإثبات) .

(٢) إذا أريد الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى مدة التقادم ؟ .

٨٩- إذا كان الزوج قد وقع بإمضائه على وثيقة الزواج - وهى ورقة رسمية - فإنها تكون حجة عليه وعلى من يخلفه ، فلا يتجه القول بإنكار الحق ولا تنطبق االمادة ٣٧٥ من اللائحة - هذا ، بالإضافة إلى أن الفقهاء وقد قالوا بعدم سماع الدعوى عند توافر الشروط الخاصة لذلك . وقد عللوا ذلك بقطع الحبل والتزوير ، وهذا لا يتأتى مع الوثيقة الرسمية التى تحمل الإقرار ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ومن ثم يكون الدفع بعدم السماع واجب الرفض (٢) .

وأن دعوى الوفاة والوراثة ، لا تسمع إلا ضمن دعوى حق يتوقف ثبوته والحكم به على ثبوت الوراثة ، فهى فى الواقع دعوى حق بسبب الإرث . وعلى ذلك فإن دفع هذه الدعوى بعدم السماع للتقادم بمضى المدة الطويلة إنما يتوجه على الحق المدعى به نفسه لا إلى سببه ، لأن سببه ليس مقصوداً لذاته .

ومن حيث أنه لا يسار فى دعوى هذا الحق إلا بعد إثبات سببه وهو صفة الإرث ، فإلى أن تثبت هذه الصفة يكون الدفع بعدم سماع الدعوى

---

(١) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/٣/١ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٢ ، العدد ١ و ٢ و ٣ ، رقم ١١ .

(٢) ديروط الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٢/٢٨ - القضية ٣١ السنة ١٩٤٩ ، المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٣ و ٤ - ص٢٢ وما بعدها .

سابقًا لأوانه لأنه لا يتجه إلا عند اليسير فى دعوى المالى وتثبيت الملكية فى المورث بسبب الإرث (١).

والدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة القانونية يصح إبداؤه قبل الجواب عن الدعوى وبعده ما دام الجواب بالإنكار (٢).

وقد نص الفقهاء على أنه يجب على الإمام أن ينصب ويسمع الخصومات فيما نهى عنه لمضى الخمس عشر سنة وإلا كان آثمًا حتى لا يضيع الحقوق وسلطاننا قد أعطانا ذلك فى لائحتنا ، ولم ينهنا عن السماع إلا فى حالة خاصة هى حالة مضى الخمس عشر سنة أو الثلاث والثلاثين فى غير حالة الإقرار وجعلها خاصة بحالة الإنكار المطلق التام فى تلك المدة جميعها (٣).

إن إقرار ناظرة الوقف فى دعوى سابقة بإستحقاق المستحقين الريع وتنفيذها لعقد الصلح المقدم فيها بهذا الشأن ، فإن من أثر هذا الإقرار – فى مفهوم المادة ٢٧٥ من اللائحة الشرعية – وقف سريان المدة المانعة من سماع الدعوى (٤).

ويبين من أقوال الفقهاء بخصوص الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة المانعة من سماع مع التمكن وعدم العذر ،وهو ما نصت عليه المادة٣٧٥ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، أنهم – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لم يوردوا الأعذار الشرعية على سبيل الحصر ، ولكن على سبيل المثال ، وجعلوا المدار فيها

---

(١) العليا الشرعية بالأسكندرية جلسة ١٩٥١/٥/٢٦ ، المجموعة الرسمية ، السنة ١٤ العدد ١ و ٢ص .

(٢) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/١/٢٩ ، المرجع السابق (٨/٤ شرعى) .

(٣) ديروط الشرعية ، القضية ٧٥٦ سنة ١٩٤٤ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٦ ، ص٢١٥ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٤/٤/١٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢ – مدنى وأحوال – ص٧٣٠ ، ونقض – جلسة ١٩٦٤/١٢/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص١٥٧ .

أن تكون مشروعة المانعة للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا الأمر فى تقدير قوتها وكونها مانعة لفطنة القاضى .

والحكم الصادر من محكمة أول درجة برفض الدفع بعدم سماع الدعوى يجوز إستئنافه طبقًا للمادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وعلى محكمة الإستئناف وقد إستأنفت وزارة الأوقاف والنيابة العامة هذا الحكم ، أن تفصل فى الإستئناف دون أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة (١) .

منع سماع الدعوى بالحق لا يعنى سقوطه لأنه لا يسقط بتقادم الزمن(٢) .

المطالبة المسقطة للمدة هى ما كانت فى خصومة شرعية أمام القضاء(٣) .

(٣) إذا أريد الدفع بعدم سماع الدعوى بمعنى طلب رفضها .

٩٠- وطلب الرفض هذا إما أن يكون :

١- لأن الدعوى الكيدية دعوى غير مسموعة ، ومن أدلة الكيد قيام خصومات بين الخصمين (٤) ، وتستفاد الكيدية بالأدلة والقرائن (٥) .

٢- لأن المدعى عليه ليس خصماً حقيقياً .

فإذا كان الثابت أن المدعى عليها لابد لها على أحد من الأولاد المطلوب ضمهم فلا تكون خصماً حقيقياً للعم فى دعوى الضم هذه ، ويتعين قبول الدفع بعدم سماع الدعوى ، وأن الدفع بعدم وجود خصومة بين الزوجين

---

(١) كفر الزيات الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/٤/٢ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٩ ص٧١.

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٠/٤/٦ – المحاماة الشرعية – السنة ١١ – ص١١٥.

(٣) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٠/٤/٦ – المرجع السابق – ص١٢٥ .

(٤) منوف الشرعية – جلسة ١٩٤٤/١/٢ – المرجع السابق – السنة ١٩ – العدد ٤ و٥و ٦ – ص١٢٤ .

(٥) شبين القناطر الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٦/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١ و٢و ٣ – ص١٢٠ .

وأنهما متواطئان ضد الكفيل ، لا يقول عليه (١) .

٣- لأن المدعى به أكثر مما للمدعى .

فلا يسمع الدفع بعدم سماع دعوى الدين على التركة وأن المدعى أخذ حصته من التركة فيقابلها حصته من الدين بقدرها (٢) .

٤- لأن المدعى به مخالف للنص الشرعى .

إذا كان الثابت أن تحديد نفقة العدة المتفق عليها قد جاء على خلاف حكم المادتين ١٧ و ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان هذا يعد تلفيقاً بين نص شرعى وآخر غير شرعى وآخر ليس من بابه وضع لغرض خاص غير جائز وأن مؤدى ذلك ثبوت الجهالة فى هذا الصلح (المتفق عليه) فيكون باطلاً شرعاً وليس للقاضى أن يقر صلحاً باطلاً ، وتكون بموضوعه غير مسموعة (٣) .

٥- لأن الدعوى صورية .

كان من المألوف فى دعاوى الميراث على الخصومة أن يتحايل صاحب الشأن فى رفعها لا على خصم شرعى حقيقى (٤) . بل على شخص يسخره لهذا الغرض ، وتكون النتيجة أن تحكم المحكمة بثبوت حقه فى الميراث أو بأى حق آخر يدعيه وهو عمل خطير يعرض مصالح العباد للضياع .

ولا مشاحة فى أن عدم سماع مثل هذه الدعوى إنما يأتى من قبل المحكمة وعليها أن تبين فى الحكم الأسباب التى أدت بها أو إصداره أسوة

---

(١) منوف الشرعية – جلسة ١٩٥١/١٠/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٨ و ٩ و ١٠ – ص٢٤٩ .

(٢) ديروط الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٩/٥ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ٥ و ٦ ص٣٠٧ .

(٣) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٢/١/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ٤ و ٥و ٦ ص٢٤٧ .

(٤) شرح اللائحة التنفيذية – للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد – المرجع السابق – نبذة ٣٤٥ ص٢٤٨ .

بسائر الأحكام بل أن ذكر الأسباب هنا أدعى ، وهذا لا يقتصر على محكمة الدرجة الأولى بل لمحكمة الدرجة الثانية أيضًا العمل به عند وجود المسوغ.

٦- لأن الدعوى بطريق التواطؤ .

فقد يتظاهر إثنان أو أكثر بأن بينهم خصومة ويطرحونها على القضاء، مع أنه ليس - فى الواقع - ثمة نزاع حقيقى بينهم ، بم أنهم تحايلوا فقط للحصول على حكم يشهرونه سلاحاً فى وجه الغير . ولما كان العمل القضائى أسمى من هذا التلاعب الذى قصدوه ، فمن ثم يتعين رفض الدعوى . وعلى المحكمة أن تبين الأسباب التى حدت بها إلى إصدار هذا القضاء ، كما أن على محكمة الدرحة الثانية أن ترفض مثل هذه الدعوى إن فات ذلك محكمة الدرجة الأولى (١) .

وفى هذا يقرر منشور الحقانية (٢) أن بعض المحكوم عليهم بنفقات لأقاربهم يتواطؤون مع زوجاتهم على طلب نفقة زوجية ، وهم إنما يقصدون بذلك منع تنفيذ الحكم الأول . فأشارت الوزارة إلى رفض دعاوى النفقات إذا ظهر أن ليس هناك خصومة حقيقية بين الطرفين وأن الغرض من التداعى مجرد الإحتيال على عدم تنفيذ الحكم الأول الصادر بالنفقة .

(٤) إذا أريد بالدفع بعدم سماع الدعوى عدم قبولها .

٩١- أنه بالنسبة لشرط سماع الدعوى بين مختلفى الملل فإن من مقتضيات تطبيق الشريعة الإسلامية فى حالة الطلاق أن يحكم بعدم سماعه أيضاً ، إذ من شروط سماع الدعوى أن تكون جائزة القبول شرعاً بمعنى ألا تكون متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية التى لا تعرف التفريق الجسمانى (٣) .

إن من شروط قبول الدعوى عدم المنع من سماعها قانوناً ، والمنع من

---

(١) شرح اللائحة التشريعية - للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد ، المرجع السابق ص٢٤٩.

(٢) يراجع منشور الحقانية رقم ٢٩٣٥ رقم ٢ فى ١٩١٥/٦/٢ - الدليل المرشد - للأستاذ محمد الغريب - طبعة ١٩٣٥ - رقم ١٦٢ ص٨٣ .

(٣) القاهرة الإبتدائية للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٥٩/٢/٥ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٨ - العدد ٣ و ٤ - ص١٢٩ .

سماع الدعوى قد يكون لحكمة موضوعية قدرها المشرع ، فيكون صريحاً ومباشراً .

وقد يكون مسألة إجرائية جزاء على مخالفة حدده المشرع لمكان الإلتجاء إلى القضاء ، فيترتب على هذه المخالفة سقوط الحق في ذلك وبالتالي عدم قبول الدعوى (١) .

وإذا رفع المحامي بتوكيل شفوى الدعوى ، فإن الدفع بعدم سماعها لتقديمها من غير ذى صفة يكون غير مقبول (٢) .

ولو كان الإقرار بالزوجية أو الإنكار مقيداً لسماع دعوى الزوجية وإن كانت السن غير مطبقة على المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لجاز فى حالة عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما للسن المحددة إثبات مصادقتهما على الزواج ، لأن الإقرار والمصادقة بمعنى واحد ، مع أن المصادقة ممنوعة بنص المادة ٣٩٧ من القانون المذكور . وعلى هذا فلا يفيد تقييد النهى بعدم سماع دعوى الزوجية بحالة الإنكار لهذه الزوجية . إن النهى عن عدم سماع دعوى الزوجية فى حالة عدم بلوغ أحد الزوجين السن ليس قاصراً على دعوى الزوجية فقط ، بل على ما يترتب عليها أيضاً من طاعة وميراث وغير ذلك ، لأنه متى سقط الأصل سقط الفرع (٣) .

وفى الحوادث الواقعة أول أغسطس سنة ١٩٣١ لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها ، وطلب إصدار البطاقة العائلية لا يدخل فى هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية .

والإقرار المعول عليه هو الإقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء . أما

---

(١) أصول المرافعات – الدكتور أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٣٣٠ .

(٢) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٣٧/١/٢٠ – القضية ٢٥٢٧سنة ١٩٣٦/١٩٣٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٧ – ص١٧٢ وما بعده ، وقد تأيد إستئنافيا بجلسة ١٩٣٧/٦/١٢ .

(٣) مصر الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤١/٣/١٩ – المحاماة الشرعية – السنة ١٠ – العدد ٧ و ٨ – ص٦٣.

الإقرار الذى يحصل خارجه أو فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه (١) .

٥- أما بالنسبة لسماع دعوى الوصية عند الإنكار فى الحوادث من سنة ١٩١١ واحد من أمور ثلاثة :

(أ) أوراق رسمية .

(ب) أوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه .

(جـ) أن تكون ورقة الوصية مصدقاً على توقيع الموصى عليها وذلك طبقاً للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ (٢) .

٩٢- إن القانون منع من سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار إذا لم توجد أوراق مما أشير إليها فى المادة ٩٨ من اللائحة تدل على صحة الدعوى .

فوجود هذه الأوراق ليس المقصود منه إثبات صحة الدعوى من الناحية الشكلية ولا إثبات صحة وقائعها من الناحية الموضوعية ، بل المقصود أنه يجب قبل سماع الوصية والسير فى موضوعها التحقق بمقتضى هذه الأوراق من خلوها من شبهة التزوير ، وأن وقائعها تستند مبدئياً إلى ما يؤيد صحتها . فكل ورقة تدل نصاً أو إشارة أو ضمناً أو تصلح لأن تكون قرينة على صدور الوصية كمحضر التصديق على التوقيع تكفى مسوغاً لسماع الدعوى بها ولو لم تكن كافية لإثباتها ، وكذلك يصلح مسوغاً لسماعها كل ورقة تكون مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه تفيد حصولها ولو كانت هذه الورقة ليست هى ورقة الوصية نفسها . بأن كانت خطاباً يشير إليها أو إقراراً بصدورها على وجه الإحتمال أو تبليغاً عن حصولها أو غير ذلك مما يتضمن الإشارة إليها أو الإخبار

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/٣/٢٠ - الطعن ٣٣ للسنة ٢٨ق .

(٢) سوهاج الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٥٤/١/٢٠ ، القضية ١ سنة ١٩٥٣ كلى ، المجموعة الرسمية ، السنة ٥٤ ، العدد ٧ و ٨ ، ص٢٩٧ .

عنها، وهذا المعنى هو ما يفيده نص المادة المذكورة (١) .

وإن النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢/٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ – على أنه : « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، مؤداه أن الوصية إذا كانت غير منكورة سمعت الدعوى بها والإنكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس أو قبل قيام ، فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس قضاء قبل رفع الدعوى التى إنتفى الإنكار وتعين سماعها (٢) .

٦- وبالنسبة لعدم سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط .

٩٣- فقد قصد الشارع من نص المادة ١٣٧ من اللائحة الشرعية – على ما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوقف – أن يحدد الدليل الذى يقبل قانوناً كمسوغ لسماع الدعوى المنصوص عليها فى تلك المادة ، فقصره – عند الإنكار – ما لم يقدم الإشهاد الشرعى ، إذ أن القول بذلك يتجافى مع ما قصده الشارع . والإنكار المعنى بالمادة ١٣٧ سالفة الذكر هو الإنكار القاطع المضطرد . فإذا كان هناك ثمة إقرار يحاج به الخصم المنكر ، ولو فى غير الخصومة المرفوعة بالإنكار ، فإن الإنكار لا يعتد به (٣) .

الطبيعة الشرعية والقانونية لعقد الحكر:

٩٤- يرى الفقهاء فى تعريف عقد التحكير أنه تأجير الأرض للبناء أو

---

(١) العليا الشرعية بأسيوط – جلسة ١٩٥٢/٤/١٢ – المجموعة الرسمية – السنة ٥٤ – العدد ٥ و ٦ ص٢٢٨ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٠/١/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – العدد ١ – مدنى – ص٢٥ وما بعدها .

(٣) نقض جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ – الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٦ق .

الغراس على وجه البقاء والقرار (١) .

وإن المنصوص عليه أن ما يحدثه المحتكر بالأرض الموقوفة يكون مملوكًا له ، فله بيعه وهبته وتأجيره ويورث عنه إذا مات ووارثه يقوم مقامه فى حق البقاء والقرار ما دام يدفع أجر المثل لجهة الوقف (٢) .

وإنه لما كان القانون المدنى القديم الذى إنعقد أثناء سريانه لم يقنن احكام حق الحكر ، وكان منشأ هذا الحق الشريعة الإسلامية ، فقد إستقر الراى على الأخذ بأحكامها . وإذا كانت قواعد الشريعة تعطى للمحتكر الحق فى الإنتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبد أو لمدة طويلة وحق البناء عليه والتصرف فى ذات الحق وفى ثماره ، فإن هذا الحق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة (٣) .

وفى مجال القوانين المكملة للائحة الشرعية نجد أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض احكام الأحوال الشخصية ، قد تضمن بدوره أحكاماً فى سماع الدعوى وعدم سماعها :

٧- فتقضى المادة ١٥ منه بعدم سماع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة عن وقت الطلاق أو الوفاة .

٩٥- فلا يثبت النسب إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من سنة شمسية طبقًا للمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . وسكوت المطلق عن نفى النسب عن ولادة مطلقته وعدم إعتراضه على إثبات المولود رسمياً منسوباً إليه فى حكم الإقرار بالنسب فلا يعول على إنكاره

---

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ص٢٦٧ وما بعدها .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥١/٣/٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ص٢٦٧ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥١/١/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١ مدنى - ص٥١ وما بعدها .

النسب بعد ذلك ولا يكفي مجرد إنكار النسب بل لابد من إتخاذ طريق نفيه في حينه (١) .

وإن ما جاءت به المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق إنما هو خاص بمن تدعي ما ذكر بعنوان كونها مطلقة لا بعنوان كونها مراجعة وقد وضعت الولد على فراش الزوجية الصحيحة التي حدثت بعد الطلاق (٢) .

ولقد كان صحيحاً أن دعوى المطلقة ببنوة ولدها من مطلقها لا تسمع إذا أتت بالولد بعد سنة من تاريخ الطلاق – إلا أنه متى كانت الدعوى قائمة على قول الزوجة أنها أتت بالأولاد على فراش زوجية صحيحة – وقد ثبتت المباشرة بالبينة الشرعية والأوراق والتحقيقات – فإنه لا محل لإعمال نص المادة ٢٥ من القانون رقم ١٩٣٩(٣) .

وإن ما نصت عليه المادة الخامسة عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق – هذا النص مقصور على منع سماع الدعوى دون بحث ثبوت النسب أو نفيه – فإذا كانت الدعوى المرفوعة بطلب نفي نسب طفل فإنه لا يجدي رافعها مجرد الإستناد إلى نص المادة المذكورة ويتعين بحث موضوع النسب من الناحية الفقهية الشرعية (٤) .

ومن المقرر في الفقه الحنفي أن نسب ولد معتدة الموت يثبت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت إذا كانت كبيرة وغير مدخول بها ، وقد كان هذا هو المعمول به على أنه أرجح الأقوال في مذهب أبي

---

(١) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٠/١/١٩ – المحاماة الشرعية السنة ٢٤ – ص١٠١ .

(٢) اسيوط الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٢/٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – ص٤٠٥ .

(٣) إستئناف طنطا – جلسة ١٩٦٠/٢/٣ – الإستئناف رقم ٢٤ لسنة ٩ق « أحوال شخصية » .

(٤) إستئناف طنطا – جلسة ١٩٦٤/١/٢٦ – الإستئناف رقم ١٩ لسنة ١٣ق « أحوال شخصية » .

حنيفة حتى جاء نص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلاً المدة فجعلها سنة واحدة ، ونص على عدم سماع دعوى معتدة الوفاة إذا أتت بالولد من سنة من الوفاة (١) .

٨- وتنص المادة ١٧ من القانون المذكور على أنه لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا يسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

٩- وتنص المادة ١٨ منه على أنه لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

١٠ - ونصت الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية بعدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

٩٦- إن الدفع بعدم السماع لا وجه له لأن الدعوى مبنية على أن المدعى عليه فرض على نفسه برضاه لزوجته وولديه الصغيرين نفقة معينة وعلى طلب أمره بأداء ما فرض وبما أن المنصوص عليه أن نفقة الزوجة وكذا نفقة الصغير تعتبر ديناً بالقضاء أو الرضاء ولا تسقط بمضى شهر فأكثر ، لذلك يكون النزاع بين المدعية والمدعى عليه غير مبنى فى هذه الدعوى على إستحقاق النفقة أو عدم إستحقاقها إذ أن النفقة المفروضة بالتراضى كالمفروضة بقضاء القاضى ، والفقرة السادسة من المادة ٩٩ تمنع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، والمراد بدعوى النفقة فى هذه الحالة طلب الحكم بإستحقاق النفقة أما موضوع الدعوى فمبنى على أن النفقة مستحقة فعلاً لرضاء المدعى عليه بتقريرها بموجب محضر الصلة الذى إدعى صدوره منه ، لذلك يتعين رفض الدفع بعدم السماع (٢) .

---

(١) إستئناف القاهرة - جلسة ١٩٦٥/١/٣١ - الإستئناف رقم ٣٤ لسنة ٨١ق .

(٢) الخليفة الشرعية - جلسة ١٩٣٤/١/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢-ص٩٠١ .

١١- ونصت الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية على عدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة ميلادية للزوجة وثماني عشرة سنة ميلادية للزوج .

٩٧- وكانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة سنة للزوج سواء أكانت سنها كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد فرئى تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق وإحتراماً لآثار الزوجية أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحدد (١) .

وقد سبق تفصيل ذلك (٢) .

الخلاصة :

٩٨- يخلص مما تقدم انه كلما تضمنت النصوص الشرعية أو المبادىء القضائية الشرعية دفعًا بعدم سماع الدعوى ، فقد تعين - وفى إطار الأصول المتقدمة - معرفة القصد منه ، فقد يعنى :

١-عدم قبول الدعوى :

إما لعدم وجود صفة فى رفعها .

وإما لعدم المصلحة لدى رافعها .

وإما لعدم توافر الأهلية فى إقامتها .

٢- لسابقة الفصل فيها .

٣- بطلب رفضها .

١- إما لكيديتها .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٨ لسنة ١٩٣٤ المعدل بالقانون ٨٨ لسنة ١٩٥١ .

(٢) تراجع - الفقرات ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٨٥ .

وإما لإنعدام الخصومة الحقيقية .

وإما لأن المدعى طلب أكثر مما هو مستحق له .

وإما لمخالفة النص الشرعى .

وإما لصوريتها .

وإما لأن الدعوى رفعت بطريق التواطؤ .

٤- مضى المدة (التقادم) .

٥- لأن الشارع أراد دفع الغش والتزوير والتحايل .

الفصل الثالث

الجواب عن الدعوى

٩٩- قلنا إن المادة ٢٨٦ من اللائحة الشرعية - التى لم يتناولها الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - قد تضمنت متى يكون الحكم غيابياً واعتبرته كذلك إذا غاب المدعى بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار .

وقلنا أيضًا أن مواد الجواب عن الدعوى (١٠٥ إلى ١١٢) من اللائحة الشرعية قد تناولها قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء ، وقد وردت تلك المواد فى الفصل الخامس من الباب الثانى (فى المرافعات) من الكتاب الرابع من اللائحة الشرعية .

وأحكام الجواب عن الدعوى قد تضمنت خليطاً من قواعد المرافعات وسير الخصومة أمام المحكمة ، وإعلان الخصوم فى الدعاوى الشرعية ، وحضورهم فيها وغيابهم ، والأثر المترتب على ذلك كله .

ولا نجد مناصاً من دراسة تلك الأصول الشرعية لكى نعرف المراد من الجواب عن الدعوى والآثار التى تقررها أحكامه لكى نصل من ذلك إلى معرفة متى يكون الحكم غيابياً فى مفهوم اللائحة الشرعية المعتبرة قانون المرافعات الشرعية - خاصة وأن المعارضة - كطريق من طرق الطعن فى الأحكام - لا يزال مقرراً معمولاً بها فى الأحوال الشخصية خلافاً لقانون المرافعات .

مناط الجواب عن الدعوى :

١٠٠- إذا ما طرحت الدعوى الصحيحة على المحكمة ، وادعى المدعى فيها بما جاء بالصحيفة ، فإن من مقتضى الأصول الشرعية فى المرافعات أن يقوم المدعى عليه بالجواب عنها ، إما بالكتابة قبل الجلسة ،

وإما شفهياً فى الجلسة (م١٠٥ من اللائحة الشرعية) (١) .

وقد رسمت المادة ١٠٦ من اللائحة الشرعية سبل الجواب عن وقائع الدعوى ومؤدى ذلك أن على المدعى عليه أن يذكر صراحة ما إذا كان يقر بالدعوى ، أو أنه ينكرها (٢) ، وفى الحالة الأخيرة يتعين عليه أن يبين وقائع دفعه وأحواله بيانًا واضحاً لا إبهام فيه ، من تفسير أدلته والوجه الشرعى الذى إستند عليه فيه وإذا تعدد المدعى عليهم ولم تتحد مصلحتهم كان على كل منهم أن يقر أو أن ينكر بنفس القواعد السابقة منفرداً .

ومن المقرر فقهاً أنه متى أدعيت الدعوى مستوية شرائطها الشرعية ، كان من أحكامها وجوب الجواب على المدعى عليه ، وهذا الجواب قد يكون دفعًا فى غير الموضوع أو فى الموضوع ، وقد يكون إعترافاً ، وقد يكون إنكاراً ، فإذا كان الجواب عن الدعوى الصحيحة واجباً ومعناه أن للمحكمة أن تلزم المدعى عليه بالإجابة عنها ، فإنه من الواضح أنه ليس معنى هذا الإلزام أن المحكمة تنتزع الجواب من فم المدعى عليه إنتزاعاً ، لأن هذا غير معقول ، ولأن ثمة أمراً يتعين فرضه وهو سكوت المدعى عليه والتزامه هذا السكوت وإذن فمعنى هذا الإلزام أن المحكمة متى كلفت المدعى عليه الجواب فإنها بهذا التكليف وضعته الوضع القانونى من الدعوى ، فإذا أجاب دافعاً أو معترفاً – فذاك – وإلا فهو منكر – ومجيب وإن سكت عن وقائعها بالإنكار ولذا يكلف مدعيها الإثبات لوقائعها التى أنكرها المدعى عليه (٣) .

وإذا لم يتسن للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى على الوجه السابق ، لضيق الوقت أو لأى عذر أخر تقدره المحكمة ، عليها أن تجيبه إلى طلب التأجيل وأن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى ، فإن لم يجب على

---

(١) فإذا حضر المدعى عليه فى الجلسة وطلب التأجيل للجواب جاز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً لذلك ، فإذا لم يجب فى الجلسة الأخرى ، إعتبرته منكراً .

(٢) وعلى كاتب الجلسة (أو أمين سرها) أن يدون اقوال المدعى عليه التى تضمن إقراراً بالدعوى أو إنكاراً لها بمحضر الجلسة .

(٣) كرموز الشرعية – جلسة ١٩٧١/٢/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٥٢ – ص٢٣٠.

الدعوى فى الجلسة التالية أو الجلسات التى قد تؤجل إليها الدعوى ، إعتبر المدعى عليه منكر للدعوى .

ولا فرق بين إعتبار المدعى عليه منكراً للدعوى ، وبين أن يكون قد حضر وإمتنع عن الجواب أو لم يحضر أصلاً ، إذ فى هذه الحالة أدعى إلى عده منكراً (١) .

أما ما عدا ذلك من أحكام خاصة بالحضور ، والغياب ، وشطب الدعوى، أو إعتبارها كأن لم تكن ، وما إلى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق فى شأنها هو قانون المرافعات (وهو الآن القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) ، وذلك إعمالاً للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وسوف نتناولها فى مواضعها من هذا الكتاب .

وإن تحديد الطلبات بما يتفق مع الوقائع الواردة بعريضة دعوى جديدة تحتاج إلى إعلان جديد ، فلا يقبل الدفع ببطلان الحكم الصادر بناء عليه أنه بنى على دعوى جديدة لم يعلن بها المدعى عليه (٢) .

وإن الوجه الشرعى يقضى بالحكم للمدعى بما ثبت ، ورفض ما لم تصح فيه الدعوى لا أن ترفض الدعوى جميعها بحالتها (٣) .

إن الطلبات التى يحكم بها هى الطلبات الختامية التى يقصد المدعى الحكم بها ، أما الأسباب التى تبنى عليها هذه الطلبات ، فإنها لا تدخل تحت الحكم، وليس للمحكمة أن تحكم بها بأى حال ما دام المدعى لم يطلب القضاء له بشيء ما (٤) .

---

(١) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – المرجع السابق – ص٢٧٥ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية – للقاضى على قراعة – المرجع السابق – ص٦٢ .

(٢) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٤/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٤ – ص٩٥ .

(٣) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٨ .

(٤) مصر الكلية الشرعية – الدائرة الإستئنافية – جلسة ١٩٤١/٥/٢٥ – المرجع السابق – السنة ١٢ – ص٦٢ .

الفصل الرابع

تقدير قيمة الدعوى

١٠١- لم تتضمن اللائحة الشرعية نصوصًا معينة تحدد كيفية تقدير قيمة الدعوى ، سواء منها ما ألغى بمقتضى قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، أما ما هو باق من نصوصها . اللهم إلا تلك النصوص التى حددت الإختصاص الإنتهائى للمحاكم الشرعية الجزئية بالنسبة لبعض المواد ، وإختصاصها الإبتدائى بالنسبة لبعض المواد الأخرى . والنصوص التى حددت الإختصاص الإبتدائى للمحاكم الإبتدائية الشرعية بالنسبة لبعض المنازعات ، والإختصاص الإنتهائى لها بالنسبة لبعض تصيرفات الأوقاف ، وهى الأحكام التى نصت عليها المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٨ من اللائحة الشرعية عند الكلام فى الإختصاص ، وذلك للصلة الوثيقة بين قواعد تقدير قيمة الدعوى - وقواعد الإختصاص النوعى المتعلق بقيمة الدعوى (الإختصاص القيمى) .

كما سنتناول فى الإستئناف قواعد تقدير قيمة الدعوى الشرعية للطعن عليه بالإستئناف ، وحالات عدم جواز الإستئناف لقلة النصاب .

١٠٢- أما قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد أفرد لتقدير قيمة الدعوى فصلاً خاصًا ضمن الباب الأول (الإختصاص) من الكتاب الأول منه ، هو الفصل الثانى (المواد من ٢٦ حتى ٤١) .

هل هناك ما يدعو إلى تناول أحكام تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية فى بحثنا هذا ؟

١٠٣- لقد جاء نص المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية والمعروف بقانون توحيد القضاء - صريحاً فى سريان قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة

فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها .

ومفهوم هذا النص أن أحكام قانون المرافعات المدنية التى ليس لها مقابل فى نصوص اللائحة الشرعية السارية التى لم يلحقهما الإلغاء تكون واجبة الإتباع(١).

إلا أننا نرى وضع ضابط يقيد من هذا الإطلاق بالنسبة لقواعد تقدير قيمة الدعوى ، وهو أن طبيعة المنازعة التى نصت عليها المواد ٥و٦و٧و٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تتميز بذاتية خاصة تختلف تمامًا عن تلك المنازعات المدنية التى تناولتها أحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وأن نصاب المحكمة الجزئية بالنسبة لقيمة المدعى به كما جاء بالمادة الخامسة من اللائحة الشرعية ، وكذلك نصاب المحكمة الإبتدائية بالنسبة له طبقًا لما نصت عليه المادة السادسة من اللائحة الشرعية ، دونه بكثير بالنسبة لما نص عليه قانون المرافعات فيما يتعلق بالمنازعات المدنية ، كذلك الأمر بالنسبة للطلبات غير القابلة لتقدير قيمتها فهى – فى قانون المرافعات المدنية – تعتبر متجاوزة لنصاب المحكمة الجزئية ، وتكون من إختصاص المحكمة الإبتدائية (م٤١منه) .

بيد أنه فى اللائحة الشرعية نرى أن تلك الطلبات قد تحددت المحكمة المختصة بها بموجب المواد ٥و٦و٧ منها ، سواء أكانت مقدرة القيمة أو مجهولة القيمة بحسب طبيعتها ، كما أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد تدخل فى عقد الإختصاص للمحكمة الإبتدائية النسبة لبعض المنازعات التى كانت من قبل تدخله تختص بها المحكمة الجزئية ، وذلك لما قدره الشارع من أهمية خاصة لتلك المنازعات (م ٨ منه) ، وهى النسب ، والطلاق، والخلع والمبارأة ، والفرقة بين الزوجين ، وأن الحكم الصادر فى تلك المنازعات يكون قابلاً للإستئناف بطبيعة الحال .

ومن ثم يمكن القول أن أعمال قواعد قانون المرافعات بالنسبة لقواعد تقدير الدعوى يجب أن يلتزم الخط الذى رسمته أصول المرافعات الشرعية للمنازعات الشرعية بما يتفق مع ذاتيتها وما تتميز به من حساسية خاصة فى العلاقات الشخصية .

---

(١) راجع نص المادة الرابعة من اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن القوانين واللوائح الملغاة طبقاً للتعديل الأخير فى قانون الأحوال الشخصية .

المبادىء العامة والأساسية لتقدير قيمة الدعوى :

١٠٤- إستخلص فقه المرافعات الأسس التى تقوم عليها قواعد تقدير الدعوى (١) ، وهذه القواعد الأساسية هى :

الأول - أن العبرة فى تقدير قيمة الدعوى هى بقواعد قانون المرافعات وليس بقانون الرسوم القضائية .

الثانية - أن العبرة فى تقدير قيمة الدعوى هى بقيمة المطلوب فيها وليس للمحكمة دخل فى ذلك .

الثالثة - أن العبرة بالقيمة الحقيقية للدعوى ، وليس بالوصف الذى يلحقه المدعى ليتحايل على قواعد الإختصاص النوعى وهو من النظام العام.

الرابعة - أن العبرة بالطلبات الأخيرة للخصوم لا بالطلبات الواردة فى صحيفة الدعوى ، إذ أن هذه الطلبات المعدلة هى التى تعبر عن القيمة الحقيقية للدعوى .

الخامسة - أنه لا يعتد بقيمة الطلب المندمج فى الطلب الأصلى - والطلب المندمج هو ذلك الذى يعتبر القضاء فى الطلب الأصلى قضاء به (كطلب براءة الذمة « وهو طلب أصلى » وطلب بطلان الدين « وهو طلب مندمج »).

السادسة - أن قيمة الدعوى لا تتأثر كقاعدة عامة بدفوع المدعى عليه أو دفاعه ، ولا بالوسائل التى يؤيد بها المدعى دعواه . ذلك أن قاضى الموضوع هو قاضى الدفوع .

---

(١) يراجع : تعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص١١٩ وما بعدها ، أصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص١٩٦ وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - ص٢٥٩ وما بعدها ، وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - المرجع السابق - ص٨٥ وما بعدها ، والقانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص٤٥١ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتورين عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى - ص٣٤٨ وما بعدها ، والمرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - طـ ١١- ص ٢٧٣ ، ومبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - ط ١٩٧٤- ص١١٢٢ وما بعدها .

السابعة – أنه إذا إشتملت الدعوى على طلب أصلى وطلب إحتياطى فالعبرة بقيمة أكبر الطلبين .

الثامنة – أنه لا إعتداد بإتفاق الخصوم على تقدير قيمة الدعوى تقديراً مخالفًا للأسس التى نص عليها القانون ، لأن قواعد الإختصاص النوعى من النظام العام .

التاسعة – إذا حكم بضم دعويين أو أكثرَ فإن كل دعوى تظل محتفظة بكيانها وقيمتها وإستقلالها ، إلا إذا كان الطلب فى إحدى القضيتين المضمومتين هو ذات الطلب فى الأخرى .

العاشرة – أن العبرة بقيمة الطلب ولو تعددت الأسباب القانونية التى بنى عليها .

المبادىء القضائية الحديثة فى تقدير قيمة الدعاوى فى الأصول المدنية :

١٠٥–١– إن تقدير قيمة الدعوى لتعيين إختصاص المحكمة أساسه قيمة موضوعها ، وأنه وإن كانت هذه القيمة تقدر فى الأصل بإعتبارها يوم رفع الدعوى ، إلا أن الشارع قد أجاز للمدعى أن يعدل أثناء الخصومة من طلباته الواردة بصحيفة دعواه بالزيادة أو النقص ، وأوجب أن يكون التقدير لتحديد نصاب الإستئناف على أساس أخر طلبات للخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى ، إنما أراد أن يتخذ من هذه الطلبات أساسًا لتعيين الإختصاص وتحديد نصاب الإستئناف معًا حتى لا يختلف أحدهما عن الآخر فى تقدير قيمة الدعوى ذاتها (١) .

٢– وللخصوم أن يعدلوا طلباتهم أثناء نظر الدعوى وفى مذكراتهم أثناء حجز القضية للحكم متى كانت المحكمة قد رخصت بتقديمها فى أجل معين وقدمت المذكرة خلال هذا الأجل وأطلع عليها الخصم . فلا يمتنع

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – مدنى ص١٣٧٣ ، نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ – المرجع السابق – السنة ١٧ – مدنى – ص٢٦٧ .

على الخصوم تعديل الطلبات إلا بعد إقفال باب المرافعة الشفوية أو الكتابية، وهو لا يعد مقفولاً فى حالة التصريح بتقديم مذكرات فى فترة حجز الدعوى للحكم إلا بإنتهاء الأجل المحدد لتقديمها (١) .

٣- إذا أغفل المدعي فى مذكرته الختامية التى حدد فيها طلباته تحديداً حاسماً بعض الطلبات التى كانت قد أوردها فى صحيفة إفتتاح الدعوى ، فإن فصل المحكمة فى هذه الطلبات الأخيرة ، يكون قضاء بما لم يطلبه الخصوم .

٤- وإن تعديل الطلبات أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الإبتدائية إلى قيمة أقل من نصابها لا يسلب هذه المحكمة إختصاصها ، بإعتبار هذا التعديل طلباً عارضاً ، فتدخل فى إختصاصها مهما كانت قيمته (٢) .

٥- وإذا إشتملت الدعوى على طلب أصلى وآخر إحتياطى ، فالعبرة بالطلب الأصلى دون نظر للطلب الإحتياطى (٣) .

٦- وإن قواعد تقدير قيمة الدعوى تتعلق بالنظام العام ، فلا يعتد بإتفاق الخصوم على خلافها ،ويتعين على القاضى بحثها من تلقاء نفسه(٤).

٧- وإذا ضمت دعويان أو أكثر ، فإن كل دعوى تظل محتفظة بقيمتها لأن الضم لا يؤثر على قواعد الإختصاص إلا إذا كان الطلب فى إحداهما هو ذات الطلب فى الأخرى (٥) ، كما لا يؤثر الضم فى نصاب الإستئناف (٦) .

٨- ولا يجوز الإعتماد فى تقدير قيمة الدعوى لتحديد نصاب الإستئناف على القيمة التى حددها المدعى وسكت عنها المدعى عليه ، بل

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ ص٤٦٧ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - مدنى - ص٢٦٩ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٥٤/١/٧ - المرجع السابق السنة ٥ - مدنى - ص٣٩٥ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٦ - مدنى - ص١٣٤.
(٥) نقض - جلسة ١٩٦٠/٣/١٧ - مجموعة المكتب الفنى السنة ١١ - ص٢٣٤ .
(٦) نقض - جلسة ١٩٥٣/٦/١٥ ، المرجع السابق - السنة ١٥ -ص١١٧٨ .

يجب على المحكمة أن تعتمد فى ذلك على القواعد التى نص عليها قانون المرافعات (١) .

٩- وتقدر دعوى التزوير الفرعية بقيمة الدعوى الأصلية أياً ما كانت قيمة الحق المثبت فى الورقة المطعون عليها (٢) .

١٠- ولا يلزم لإعتبار الطلبات مستندة إلى أسباب متعددة أن تستند إلى مصادر مختلفة النوع ، بل العبرة بإستناد كل منهما إلى مصدر متميز من المصدر الذى يستند إليه الآخر ، ولو كان الطلبان متماثلين (٣) .

١١- والأصل فى الدعاوى أنها معلومة القيمة ولا يخرج من هذا الأصل إلا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير فتعتبر مجهولة القيمة (٤) .

١٢- تعديل الطلبات بما يعد تحايلاً على القانون من مسائل الواقع التى لا يقبل إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض (٥) .

١٣- والقضاء نهائياً بعدم الإختصاص بنظر الدعوى ، وبإحالتها إلى المحكمة الإبتدائية المختصة بحسب قيمة الدعوى ، تقيد المحكمة المحال إليها بتقدير هذه القيمة ولو بنى على قاعدة غير صحيحة ، تجاوز هذه القيمة النصاب الإنتهائى للمحكمة الإبتدائية ، جواز الطعن فى الحكم الصادر منها بطريق الإستئناف (٦) .

١٤- والأصل فى الدعاوى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنها

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص٢٠١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/١٦ - مجموعة القواعد القانونية - ١ ، ٢ ، ص٦٢٦ - ونقض - جلسة ١٩٥٦/٦/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - ص٧٤٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص٢١٩ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/١٢ - المحاماة - السنة ٩ - العدد ١ - رقم ٣٥ - ص١٠٦ وما بعدها .

(٥) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/١٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ ص٣٣٤ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ٢ - ص٨٢٨.

معلومة القيمة ولا يخرج من هذا الأصل إلا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير ، فتعتبر مجهولة القيمة – ولما كانت الدعوى الإستئنافية التى صدرت بشأنها قائمة الرسوم قد رفعت بطلب إلغاء الحكم المستأنف الصادر بثبوت الوفاة وأن المستأنف عليهما (المدعيين) من ورثته ، وقضى فيها بالرفض وتأييد الحكم المستأنف فإنها تكون دعوى معلومة القيمة وتقدر قيمتها بنصيب المستأنف عليهما فى التركة وتخضع للرسم النسبى (١) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٣/٣/١٤ – المرجع السابق – مدنى – ص٤١٥ .

الفصل الخامس

رفع الدعوى وقيدها

١٠٦- لم يبق قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من أحكام رفع الدعوى وقيدها التى تنص عليها اللائحة الشرعية إلا على نص المادة ٥٢ الخاصة بميعاد الحضور أمام مختلف درجات المحاكم ، وتنقيص هذا الميعاد وسوف نعود إلى بحث أحكام تلك المادة فى موضعها .

ولما كانت المادة الخامسة من قانون توحيد القضاء سالف الذكر تنص على إتباع قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية والملية فيما لم يعد باقياً فى شأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها ، فمن ثم يتعين الرجوع إلى أصول قانون المرافعات المدنية فى شأن رفع الدعوى وقيدها ، **فيما عدا ميعاد الحضور** فإنه يتعين فى شأن تحديده وإنقاصه الرجوع إلى المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية .

فقد نص قانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أحكام رفع الدعوى وقيدها فى المواد من ٦٣ حتى ٧١ .

هذا ، وتتعلق إجراءات التقاضى - فى أصول المرافعات المدنية بالنظام العام (١) .

أولاً : رفع الدعوى:

١- نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون المرافعات على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة كطلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وبهذا تتفق الأصول الشرعية فى المرافعات مع أصول المرافعات

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - العدد ١ مدنى وأحوال - ص ٦٠٩ .

المدنية فى إعتبار أن رفع الدعوى يكون بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة .

فقد كانت المادة ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية – وهى المادة التى ألغيت بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ – تقضى بأن « تعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها بالجدول العمومى مع عدم الإخلال بالحقوق التى تترتب على إعلانها » .

ذلك لما هو معتبر شرعاً من أن هذا الإيداع هو دليل التداعى .

١٠٧ – وأوجبت الفقرة الأولى من المادة ٦٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على المدعى ، إذ يتقدم بصحيفة دعواه أن يؤدى الرسم كاملاً ، وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صوراً من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورتين لقلم الكتاب وأوجبت عليه كذلك أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة .

كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٦٥ على المدعى عليه – فى جميع الدعاوى عدا المستعجلة والتى أنقص ميعاد الحضور فيها – أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل ، وذلك حتى تتهيأ الدعوى لنظرها فى الجلسة الأولى .

٢– وحددت المادة ٦٣ مرافعات ما يجب أن تشتمل عليه صحيفة الدعوى من البيانات (١) . وهذه البيانات هى :

---

(١) يراجع فى تفصيله : الوسيط فى المرافعات – للدكتور رمزى سيف – طبعة ٥ – ص٥٥٥ وما بعدها ، والمرافعات المدنية للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ٧ – ص٩٣٩ وما بعدها والطبعات اللاحقة منه ، وكتابة : المستحدث فى قانون المرافعات الجديد – طبعة ١ – ١٩٦٨ – ص٣٩ و ٨٠ والتعليق على قانون المرافعات الجديد – للأستاذ عز الدين الدناصورى وحامد عكاز – طبعة ١ ص٧٧ وما بعدها ، وتقنين المرافعات للأستاذ محمد كمال عبد العزيز – طبعة ١٩٦٨ – ص١١٦ وما بعدها ، وتقنين المرافعات للدكتورين عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى ، وقانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى ، الموجز فى مبادىء القضاء المدنى – للدكتور وجدى راغب – المراجع السابقة .

(١) إسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وإسم من يمثلهولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه .

(٢) إسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوماً فأخر موطن كان له .

(٣) تاريخ تقديم الصحيفة .

(٤) المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .

(٥) بيان موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها .

(٦) وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها .

ويضاف إلى تلك البيانات ، بيان تاريخ الجلسة ، وتوقيع المحامى فى الحالات التى يلزم فيها ذلك طبقاً للمادة ٨٧ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

ويلاحظ أن المادة ١١٤ مرافعات تقضى ببطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة وإن هذا البطلان يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه .

متى لا تتصدى محكمة الإستئناف :

١٠٨- إن صحيفة إفتتاح الدعوى هى الأساس الذى تقوم عليه كل إجراءاتها ، فإذا حكم ببطلانها فإنه ينبنى على ذلك إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة لها وزوال جميع الآثار التى ترتبت على رفعها وإعتبار الخصومة لم تنعقد ، وإن كان ذلك لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة بإجراءات مبتدأة متى إنتفى المانع القانوني من ذلك .

إذ كان يترتب على عدم إعلان صحيفة الدعوى عدم إنعقاد الخصومة ، فإن مؤدى قضاء محكمة الإستئناف ببطلان تلك الصحيفة والحكم المستأنف المبنى عليها ألا تبقى ذلك خصومة مطروحة على المحكمة ، ومن ثم فلا يسوغ لمحكمة الإستئناف أن تمضى بعد ذلك فى نظر الموضوع ، بل يكون عليها أن تقف عند حد القضاء بالبطلان ، فإن هى

جاوزت ذلك وقضت فى الموضوع فإن قضاءها يكون وارداً على غير خصومة .

لا وجه للتحدى بأنه وقد إستنفدت محكمة أول درجة ولايتها على الدعوى فى موضوعها ، فإنه يتعين على محكمة الإستئناف إزاء ذلك – وقد قضت ببطلان الحكم – أن تعرض للموضوع وتفصل فيه إذ يشترط لذلك– وعلى ما جرى به قضاء النقض – ألا يكون الحكم المستأنف قد شابه عيب يمتد إلى صحيفة إفتتاح الدعوى ، فمتى كانت هذه الصحيفة باطلة لعدم إعلانها فإن الخصومة لا تنعقد بها ، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية (١) .

فإذا كانت صحيفة إفتتاح الدعوى تجهل بيان جوهرى ، فإن للمدعى عليه أن يتمسك ببطلانها ، ويتخذ تمسكه صورة دفع كلى يمكن إبداؤه قبل التكلم فى الموضوع .

وليس للمدعى – عندئذ أن ينفى البطلان إلا إذا أثبت أن الغرض المقصود من الشكل قد تحقق طبقاً لما هو مقرر فى القانون .

على أن بطلان صحيفة الدعوى أو إعلانها لا يحول دون تصحيحها .

ويجوز للمدعى أن يجمع فى صحيفة دعواه بين عدة طلبات ، سواء أكانت هذه الطلبات مرتبطة ببعضها أم غير مرتبطة ، وسواء أكان سببها واحداً أم مختلفًا ، سواء أكان المدعى عليه واحداً أم متعدداً ، ما دامت المحكمة المرفوعة إليها الدعوى مختصة بها من جميع الوجوه .

توقيع المحامى على الصحيفة:

١٠٩– أما بالنسبة لبيان توقيع محام على صحف الدعاوى فإن المادة ٨٧ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ تنص على أن لا يجوز فى غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها ، سواء أكان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة عن الغير .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٣/٥/١٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – مدنى – ص٢٤٨ .

كما لا يجوز تقديم صحف الإستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإدارى إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها.

كذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الإبتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل .

كذلك يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إذا كانت غير موقعة من أحد المحامين المشتغلين ، طبقاً لنص المادة الثالثة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وفى جميع هذه الحالات يترتب البطلان على مخالفة هذه الأحكام . ومع ذلك فلا ضرورة لتوقيع محام إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد أحد المحامين ولم يصدر من مجلس النقابة الفرعية الإذن المنوه بالمادة ١٣٥ الخاصة بالتنازل عن التوكيل .

ونص المادة ٨٧ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يطابق نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة الملغى رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ – وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة الملغى فى شأن المادة ٢٥ منه :

« .. وشرطت أن تكون .. صحف الدعاوى والأوامر التى تقدم للمحاكم الإبتدائية موقعة من أحد المحامين المقررين للمرافعة أمام المحكمة الإبتدائية، وقد قصد بهذا التنظيم رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، ذلك أن إشراف المحامى على تحرير صحف الإستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشب بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن ...

إلا أن هذا النظر قد تغير حتماً بعد التعديلات التى أدخلت على قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ – الذى كان سارياً وقت سريان

قانون المحاماة الملغى رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذى حذف من نص المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات الملغى فى شأن تقديم صحف الإستئناف والذى كان يعتبر عدم توقيع محام مقيد بالإستئناف عليها مبطل لتلك الصحيفة . كما أضاف إلى المادة ٢٥ من قانون المرافعات الملغى فقرة جديدة ، فتقول تلك المادة بعد التعديل:

« يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم .

ويجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان ، على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر فى القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه » .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٠ فى صدد المادة ٢٥ من قانون المرافعات الملغى المعدلة :

« ... لما كانت المادة ٢٥ من القانون القديم قد عالجت أحكام البطلان ، فقد رؤى تقنين حكم جديد أضيف فى الفقرة الثانية منها أجيز بمقتضاه تصحيح الإجراء الباطل ، بأن يكمل البيان أو العنصر لعيب فيه . بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذه ، فإذا لم يكن هناك ميعاد فى القانون فيحدد القاضى الميعاد الذى يراه مناسباً لتصحيح الإجراء ، فإذا لم يتم التصحيح خلاله فللقاضى أن يعطى ميعاداً آخر ، ويجوز التصحيح سواء قبل التمسك بالبطلان أو بعده كما أنه من المسلم أنه لا يعتد إلا بتاريخ الإجراء الصحيح ، وبهذا يزول أثر البطلان فى حالات يكون فيها تقريره مبالغة فى التمسك بالشكل ، وهذه قاعدة مقررة فى التشريعات المقارنة الحديثة ، ومن تطبيقاتها أن يحضر الوصى فى الجلسة المحددة لنظر الدعوى المرفوعة من القاصر أو المرفوعة عليه ، فيصح حضوره إجراءات الدعوى ... وكذلك إذا كانت صحيفة الإستئناف غفلاً من توقيع محام مقبول فى الإستئناف ، فإنه يجوز إستيفاء التوقيع فى الجلسة متى كان ذلك فى خلال ميعاد الإستئناف ، ذلك لأن توقيع المحامى على الصحيفة يعد وحده وفى ذاته الدليل على صياغتها بواسطته ، فيستوى أن يكون التوقيع عليها قد تم وقت كتابتها أو فى الجلسة ... » .

على ذلك نرى أنه يجوز للمحكمة أن تعطى المدعى أجلاً ليوقع محام على صحيفة الدعوى المقامة منه ، إذا كان الأجل ما زال ممتداً ، أو كانت الدعوى بطبيعتها وبحسب نصوص القانون ليس هناك موعد يتعين أن ترفع خلاله . أما إذا حدد القانون أجلاً لرفع الدعوى وإنقضى هذا الأجل عند نظرها ، فلابد من القضاء – عندئذ – ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى أو بعدم قبولها لعدم توقيع محام مقيد عليها ، ذلك أن من المقرر أن جزاء عدم توقيع محام على الصحيفة هو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام ، والذى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (١) .

وقد جاءت المادة ٢٠ من قانون المرافعات الجديد بأحكام متطورة بالنسبة للبطلان فقررت صراحة أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء .

وللمحكمة أن تتحقق من مدى إحترام الشكل المطلوب من المشرع ، وعما إذا كان قد حقق الغرض المقصود منه أو لم يحققه ، وذلك قبل أن تحكم بالبطلان (٢) .

وقد قضى (٣) بأن النعى ببطلان صحيفة الإستئناف لعدم توقيع محام

---

(١) يراجع فى تفصيله : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للدكتور أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص٢٢٦ وما بعدها وأصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم المرجع السابق ، ص٤٧٥ وما بعدها ، وبحث الحضور المسقط لحق المتمسك بالبطلان ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المحاماة ، السنة ٥ ، العدد ٦ ، ص٣٩ وما بعدها ، ومؤلفات الدكاترة عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى وأحمد أبو الوفا ووجدى راغب ، المراجع السابقة .

(٢) نقض جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ ، المرجع السابق ، السنة ٢١ ، العدد ١ ، مدنى وأحوال ص٦٤٢ .

(٣) وقد قضى بأن عدم توقيع محام على صحيفة الدعوى الإبتدائية يترتب عليه حتماً عدم قبولها بغير ما حاجة لإثبات وقوع ضرر الخصم نتيجة هذه المخالفة ، والبطلان المترتب على عدم توقيع محام على صحف الدعاوى هو ما يتعلق بالنظام العام ، ويجوز الدفع به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الإستئناف (نقض، جلسة ١٩٦٢/١٠/٢٥، المحاماة ، السنة ٤٩، العدد ٧ ، ٤٦٧ ، ص١٥٢).

عليها مقبول للمرافعة أمام محاكم الإستئناف يقوم على عنصر واقعي هو تحقيق ما إذا كان المحامي الموقع على صحيفة الإستئناف مقرراً أو غير مقرر أمام محكمة الإستئناف عند توقيعه ، ومن ثم فإنه يعتبر سبباً جديداً لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع وقضى (1) بأن المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (المطابقة للمادة ٢٣٠ من قانون المرافعات الحالي) ، وإن خلت من النص على وجوب توقيع صحيفة الإستئناف من محام مقبول للمرافعة أمام محاكم الإستئناف ، إلا أن الفقرة ٣ من المادة ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (المقابلة للمادة ٨٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة) – الذي رفع الإستئناف في ظله – قد وضعت القاعدة العامة الواجب إتباعها في هذا الشأن ما لم يوقعها محام مقرر أمام محاكم الإستئناف . فإن مقتضى هذا النعي أن عدم توقيع مثل هذا المحامي على صحيفة الإستئناف يترتب عليه حتماً عدم قبولها ، ولا يغير من ذلك أن الشارع لم يرتب البطلان بلفظه جزاء على هذه المخالفة ، ذلك أن النهي الوارد في المادة ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ يعتبر – في حكم المادة ٢٤ مرافعات قديم (م٢٠و٢٣ جديد) – ذلك نصاً على بطلان الصحيفة التي لا يوقعها محام توافرت فيه الشروط السالف بيانها ، فإن هذا البطلان يقع حتماً إذا أغفل هذا الإجراء .

ولما كان غرض الشارع من نص الفقرة ٣ من المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ رعاية الصالح العام وتحقيق للصالح الخاص في ذات الوقت، لأن إشراف المحامي على تحرير تلك الصحف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها ، وبذلك تقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن ، فإن هذا البطلان يكون متعلقاً بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الدفع به في أية حال كانت عليها الدعوى ، ولا يسقط الحق في التمسك به بالتكلم في موضوع الدعوى ، على ما أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

---

(1) نقض ، جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ٢٠ العدد ٢ ، مدني وأحوال ، ص٦٨٥.

إن قصد المشرع – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ – من توقيع المحامى على صحيفة الدعوى : «رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، ذلك أن إشراف المحامى على تحرير صحف الإستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق ، وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن » . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ٧٥ من قانون المرافعات السابق بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ توجب على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم ، وصورة لقلم الكتاب ، فإن توقيع المحامى على أصل صحيفة الدعوى أو على صورتها المقدمة لقلم الكتاب يتحقق به الغرض الذى قصد إليه المشرع من وضع الفقرة الرابعة من المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ سالف الذكر . ولما كان الحكم المطعون فيه – الذى قضى ببطلان صحيفة الدعوى تأسيساً على خلوها من توقيع محام عليها – لم يتحدث عن توقيع المحامى على صورة صحيفة الدعوى – المودعة بملف الدعوى – وهو أمر لو ثبت لكان من شأنه أن يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور (١) .

إذا كان نص المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم الذى رفع الإستئناف فى ظله صريحاً فى النهى عن تقديم صحف الإستئناف أمام أية محكمة إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، فإن مقتضى ذلك أن عدم توقيع محام ممن نصت عليهم المادة المذكورة على صحيفة الإستئناف يترتب عليه بطلانها(٢) .

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٣/٥/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – مدنى – ص٣٧٠ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – مدنى – ص٢٨٢ .

ملحوظة :

هذا وأنه لمما تجدر ، ملاحظته أن الفقرة الأخيرة من المادة ٨٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة ، وقد نصت صراحة على البطلان جزاء على عدم التوقيع على الصحيفة ، وإن أعمال هذا الجزاء يكون فى إطار نظرية البطلان الحديثة التى قررها قانون المرافعات .

أما إذا كان إسم المحامى الذى رفع صحيفة الإستئناف مستبعداً من الجدول الإستئنافى لعدم سداد الإشتراك ، فإن الإستبعاد لا يغير من صفته كمحام ، ولا يؤثر فى صحة ما يتخذ من إجراءات أعمال مهنته التى باشرها خلال فترة الإستبعاد لعدم سداد الإشتراك – على ما قررته محكمة النقض بحكمها الصادر بجلسة ١٩٧٢/٥/٤(١) . وذلك كله خلافًا لما إذا كان هذا الإستبعاد بسبب تأديبى .

والجديد فى نص المادة ٢٠ مرافعات أن بطلان الإجراء المنصوص عليه صراحة فى التشريع إمكان تصحيح الإجراء من جانب الذى إتخذ الإجراء وإنما يكون له أن يتمسك بإنتفاء مصلحة خصمه فى التمسك بالبطلان ويكون على متخذ الإجراء أن يثبت هو تحقق الغاية من الشكل المطلوب أو البيان الناقص فيهدر التمسك بالبطلان .

قررت المادة ٢٣ من قانون المرافعات الجديد جواز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونًا لإتخاذ الإجراء ، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر فى القانون ، حددت المحكمة ميعاداً مناسبًا لتصحيحه ، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه.

ميعاد الحضور وتنقيصه ، بين اللائحة الشرعية وقانون المرافعات :

١١٠ – أما بالنسبة لميعاد الحضور فقد قلنا إن المادة ٥٢ من اللائحة

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢ – مدنى وأحوال – ص٨١٥ .

الشرعية – التى لم يلحقها الإلغاء – قد حددته وبينت كيفية تنقيصه ، حيث تقرر أن :

« ميعاد الحضور يكون على الأقل ثلاثة أيام فى القضايا الجزئية وستة يومًا فى القضايا الكلية وفى القضايا المستأنفة ، وذلك غير يوم تسليم الصورة ويوم الحضور .

ويجوز تنقيص الميعاد فى حالة الضرورة بأمر القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة » .

ومن مقتضى نص المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية أن تكون هذه المواعيد كاملة ، إذ يكون الميعاد كاملاً فى أصول المرافعات إذا استبعد اليوم الذى حصل فيه الإعلان ، وكذلك اليوم المقتضى إجراء العمل فيه كحضور جلسة مثلاً ، والمرجع لمعرفة ما إذا كان الميعاد كاملاً أم ناقصاً هو للنص .

كما أن تحديد المواعيد على الوجه المتقدم مبنى على إعتبار أنها على الأدنى فلا مانع يمنع من أن المدعى يتوسع فى المهلة بقدر ما يرى .

وقد رأى المشرع أن الدعوى قد تكون بحالة تقتضى الإسراع فى نظرها ، كما لو كان الأمر متعلقًا برد الطفل الرضيع إلى حاضنته والتفريق بين رجل وامرأة يتعاشران ، وهى لا تزال على عصمة زوج ، ويجوز فى هذه الحالة ، وفى مفهوم المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية ، وغيرها من حالات الضرورة تنقيص الميعاد بأمر من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الإبتدائية (١) .

١١١ – أما قانون المرافعات الجديد فقد نصت المادة ٦٦ منه على قواعد اكثر تطوراً وشمولاً لكافة المنازعات وفى تفصيل ، حيث تقول :

« ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الإبتدائية ومحكمة الإستئناف وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية ، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة على التوالى .

---

(١) يراجع شرح لائحة الإجراءات الشرعية ، للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد المرجع السابق ، ص٢٥٨ وما بعدها .

وميعاد الحضور فى الدعاوى المستعجلة أربع وعشرين ساعة ، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى البحرية .

ويكون نقص المواعيد فى الأحوال المتقدمة بإذن من قاضى الأمور الوقتية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى (١) .

مقارنة – فى ميعاد الحضور – بين أصول المرافعات المدنية، وأصول المرافعات الشرعية :

١١٢– من نص المادة ٦٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والمادة ٥٢ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية . يبين الفارق الجوهرى التالى :

ففى الأصول المدنية يضاف إلى ميعاد الحضور ، سواء أكان ميعاداً عادياً أم كان ميعاداً مقصراً ، ميعاد مسافة يحسب على أساس المسافة بين المحل الذى أعلن فيه المدعى عليه بصحيفة الدعوى ، وبين مقر المحكمة المطلوب الحضور أمامها ، ويضاف ميعاد المسافة إلى الميعاد الأصلى ، ويكونان ميعاداً واحداً . ولا يترتب على عدم مراعاة ميعاد الحضور بطلان صحيفة الدعوى ، ولكن يكون للمدعى عليه أن يطلب التأجيل لإستكمال الميعاد (م٦٩ مرافعات) (٢) .

أما فى الأصول الشرعية فقد إنقسمت المحاكم الشرعية فى ظل لائحة ١٩٣١ واللوائح السابقة عليها إلى وجهات نظر ثلاثة :

---

(١) يراجع فى التعليق على حكم المادة ٦٦ من قانون المرافعات الجديد ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص١٤٠ وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات ، للدكتور رمزى سيف ، المرجع السابق ، ص٥٢٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية ، طبعة ٧ ، ص٦٤٢ ، وطبعاته اللاحقة حتى الطبعة ١٢ ورمزى سيف ، الوسيط فى المرافعات ، طبعة ٥ ، ص٥٦٨ .

١١٣- فيذهب رأى (١) فيها إلى أنه يترتب البطلان جزاء على عدم مراعاة ميعاد الحضور المنصوص عليه فى المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية.

بينما ذهب رأى آخر (٢) إلى أنه لا يترتب على ذلك بطلان .

بينما ذهب رأى ثالث (٣) إلى أنه لا بطلان ولكنه جعل الميعاد من حق المدعى عليه ، فله أن يطلب المدة القانونية .

والذى نراه أن الرأى الأخير الذى يتيح للمدعى عليه الدفع بالتأجيل لإستكمال الميعاد القانونى ، هو الذى يتفق مع نظرية البطلان التى إستحدثها قانون المرافعات المدنية ، كما أنه يتفق والأصول المدنية المتقدمة ، توحيداً للإجراءات .

ويلاحظ أنه يجب الإلتزام بالنسبة لميعاد الحضور وإنقاصه باللائحة الشرعية فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . لأنها وحدها تكون القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وذلك إعمالاً لحكم المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وهى المواعيد التى نصت عليها المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية ، إلتزاماً بأمر الشارع ، وإحتراماً للسمات المميزة للمنازعات الشرعية ، وذاتيتها الخاصة ، التى يتعين أن يكون حسمها على وجه السرعة حتى تستقر خلالها المنازعات بين الأسر ، وتنحسم فيها الخلافات الدائرة حول علاقات ذات حساسية خاصة .

ثانياً - قيد الدعوى ، وإعلان صحيفتها:

١١٤- قلنا أن أحكام قيد الدعوى وإعلان صحيفتها التى كانت تنص

---

(١) مصر الشرعية ، جلسة ١٩٣٠/٩/١٥ ، هيئة إستئنافية ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ، ص٩٢ ومغاغة الشرعية ، جلسة ١٩١٧/٢/٦ ، مجلة الأحكام الشرعية، السنة ١٤ ، ص٢١٦ .

(٢) مصر الشرعية ، جلسة ١٩٣١/٣/٤ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ، ص٦٤٨ ، ودكرنس الشرعية ، المحاماة الشرعية ، السنة ٤ ، عدد ٢ و ٣ .

(٣) الأزبكية الشرعية ، جلسة ١٩٢٨/٢/١٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١ ص١٠٤ وكرموز الشرعية ، جلسة ١٩٣١/١٢/٢٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٣ ، ص١٦٨.

عليها اللائحة الشرعية (المواد من ٤٨ حتى ٦٢) قد تناولها الإلغاء بموجب القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة منه تكون أحكام قانون المرافعات هي الواجبة التطبيق في شأنها « وهي المواد ٦٧و٦٨و٦٩و٧٠و٧١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨» .

١١٥ – فبالنسبة لإجراءات قيد الدعوى نصت المادة ٦٧ مرافعات على أن يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها .

وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة ، وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه (١) .

وقد أوجبت هذه المادة على قلم الكتاب أن يقيد الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها وأن يسلم في اليوم التالي على الأكثر إلى قلم المحضرين أصل الصحيفة وصورها لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (٢) وهذا لا يمنع صاحب الشأن من متابعة الإجراءات مع المحضر القائم بالإعلان وإرشاده في ذلك وتزويده بكافة البيانات اللازمة لإجراء الإعلان كلما إقتضى الأمر ذلك ، فمن حق طالب الإعلان الإطلاع في أي وقت على أصل الإعلان لإستيفاء ما قد يكون لازمًا من بيانات وإجراءات في حالة ما إذا لم يكن المحضر قد

---

(١) إلا أن القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٧٤ قد إستحدث في المادة ٦٧ مرافعات فقرة جديدة تقضي بأنه يجوز – في غير دعاوى الإسترداد وإشكالات التنفيذ – أن يسلم للمدعي أصل الصحيفة وصورها ، متى طلب ذلك ، ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعي ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب .

(٢) مع مراعاة الحكم الذي إستحدثه القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بإضافة فقرة جديدة المادة ٦٧ مرافعات تجوز تولي الإعلان بمعرفة المدعي في جميع الدعاوى فيما عدا دعاوى الإسترداد وإشكالات التنفيذ ، وتقديمها لقلم الكتاب ، متى طلب هو ذلك .

تمكن من إتمام الإعلان لأى سبب من الأسباب [1] .

١١٦- أما بالنسبة لإجراءات إعلان الدعوى فقد نصت المادة ٦٧ من قانون المرافعات الجديد على أنه :

« على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة ، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور .

وتحكم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله فى تأخير الإعلان بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات ولا يكون المحكم بها قابلاً لأى طعن » .

وهذه المادة تطابق المادة ٧٧ من قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعليقاً على المادة ٧٧ مرافعات ملغى المقابلة للمادة ٦٨ مرافعات جديد .

ويلاحظ أن الجزاء سالف الذكر يوقع على من يتسبب من موظفى قلم الكتاب والمحضرين فى تأخير الإعلان ، ولو لم يترتب على هذا التأخير إعتبار الدعوى كأن لم تكن ، وذلك رغمًا من أن التأخير المذكور لا يؤدى إلى أى بطلان .. وهذا الحكم ينصرف إلى الموظف أو المحضر ولو لم يكن تابعاً لذات المحكمة » .

ويسأل المحضر عن البطلان الناشىء عن المخالفة إذا كانت الورقة المراد إعلانها تجهل بشخصية طالب الإعلان أو المراد إعلانه أو بمطلوبه» .

وتقول المادة ٩٦ من قانون المرافعات الجديد :

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد ، وانظر أيضًا الوسيط فى شرح قانون المرافعات – للدكتور رمزى سيف – المرجع السابق – رقم ٤٠٢ مكرر – ص٥١٦ وما بعدها .

« لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر فى المادة السابقة (١) بطلان إعلان صحيفة الدعوى . كذلك لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور ، وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه فى التأجيل لإستكمال الميعاد».

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فى شأن النص المقابل لهذه المادة من القانون الملغى المعدل إذ لا يترتب على عدم مراعاة مواعيد الحضور أو ميعاد الإعلان بطلان صحيفة الدعوى ، وإنما يخول المعلن إليه الحق فى طلب التأجيل لإستكمال الميعاد ، إذ لا محل للحكم ببطلان الصحيفة فى الحالة الأولى إكتفاء بتأجيل الدعوى إلى جلسة أخرى لإستكمال الميعاد ، كما أنه لا محل لتحميل المدعى فى الحالة الثانية أخطاء أقلام الكتاب والمحضرين .

والغرامة المنصوص عليها فى المادة ٧٧ مرافعات ملغى (المقابلة للمادة ٦٨ مرافعات جديد) قررها الشارع لمصلحة الخزينة العامة لا لمصلحة الخصم ، وقصد من تقريرها بسط رقابة القاضى على من تسبب من موظفى قلم الكتاب أو المحضرين بإهماله فى تأخير إعلان صحيفة الدعوى وتوقيع جزاء عليه بسبب هذا الإهمال إذا رأى القاضى مبرراً لذلك(٢) .

كما تنص المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد على أنه :

« وتعتبر الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب » .

وقد جاء بتقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة فيما يتعلق بهذه المادة ، أنه قصد أن لا تترك الدعوى قائمة ومنتجة لآثارها فى حق المدعى عليه مدة طويلة ، وحتى يقوم التوازن فى القانون بين مصلحة المدعى ومصلحة المدعى عليه .

وإذا لم يتم بالفعل تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من

---

(١) أى ميعاد إعلان صحيفة الدعوى المنصوص عليه فى المادة ٦٨ مرافعات جديد .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٩ - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٩ - رقم ٣١٦ - ص١٢٢ وما بعدها ، ومنشور فى مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى وأحوال - العدد ١ - ص٨٩ .

تقديم الصحيفة ، فإنه يترتب على ذلك إعتبار الدعوى كأن لم تكن وزوال جميع الآثار المترتبة عليها بما فيها صحيفة الدعوى بحكم القانون ، فإذا تقدم المدعي بإعلان للغير فيها بعد الميعاد المذكور إستحق رسم جديد بالكامل (١) .

هذا ، ويلاحظ أنه وإن كان المدعي غير مكلف إلا بتسليم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، إلا أن عليه واجب تتبع دعواه ، بحيث إذا لم يتم إعلان خصمه بالفعل فى الميعاد المناسب كان عليه أن يتخذ كل ما يلزم لإتمامه فى الميعاد المقرر فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد .

على أن الجزاء المقرر فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد غير متعلق بالنظام العام ، فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، بل يتعين أن يتمسك به المدعى عليه قبل التكلم فى الموضوع أخذاً بالقاعدة العامة فى الدفوع الشكلية .

كما يعتبر تعجيله الدعوى بعد الميعاد رضا بقيام الخصومة (٢) .

يقع الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد بقوة القانون أى بغير حاجة إلى حكم ، ولا يعتبر حضور المدعى عليه بعد وقوع الجزاء بالفعل بناء على إعلان صحيح لاحق مسقطًا لحقه فى الدفع بإعتبار الدعوى كأن لم تكن بشرط أن يحصل التمسك به قبل التكلم فى الموضوع (٣) .

ويترتب على إعتبار الخصومة كأن لم تكن زوالها وزوال جميع الآثار

---

(١) تراجع تعليمات وزارة العدل بشأن المادة ٨٢ من قانون المرافعات الملغى المعدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وهى منشورة فى قانون المرافعات – للأستاذ محمد كمال أبو الخير – طبعة ٥ – ص٢٣٥ .

(٢) التعليق على قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المرجع السابق – ص٢٤٦ .

(٣) بحث ، الحضور المسقط لحق التمسك بالبطلان – للدكتور أحمد أبو الوفا – المحاماة – السنة ٥٠ العدد ٦ – ص٤٨ ، ونقض – جلسة ١٩٧٠/٣/١٩ – الطعن رقم ٥٢٦ السنة ٣٥ق .

القانونية التى ترتبت على قيامها ويعود الخصوم إلى الحالة القانونية التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، وكأنها لم ترفع قط .

وإذا تعدد المدعى عليهم فإن الخصومة تقبل التجزئة ، فتكون صحيحة قائمة بالنسبة لمن أعلن فى الميعاد المقرر فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد ، وتعتبر كأن لم تكن بالنسبة لمن لم يعلن منهم (١) .

ولا يجدى التمسك بإعتبار الدعوى كأن لم تكن أمام محكمة النقض مادام أن صاحبه لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع (٢) .

وتقضى المادة ٧١ من قانون المرافعات الجديد بأنه :

« إذا ترك المدعى الخصومة أو تصالح مع خصمه فى الجلسة الأولى لنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فلا يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم المسدد .

وإذا إنتهى النزاع صلحًا أمام مجلس الصلح المشار إليه فى المادة ٦٤ برد كامل الرسم المسدد » .

ويراد بالجلسة الأولى فى مفهوم المادة ٧١ مرافعات جديدة أنها الجلسة التى تنظر فيها الدعوى بحضور طرفيها أو بحضور أحدهم ، بحيث إذا تخلف الخصوم فى أول جلسة شطبت الدعوى . ثم عجلت (جددت) ، فإن الصلح أو الترك الذى يتم فى أول جلسة بعد التعجيل (أو التجديد) يخضع لحكم المادة ٧١ المذكورة .

وعندئذ يسرى الرسم على أساس إستحقاق ربع الرسوم الثابتة أو النسبية المسددة أصلاً عند رفع الدعوى ، ويرد للمدعى ثلاثة أرباعها (٣) .

---

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد ابو الوفا – المرجع السابق – ص٢٤٧ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/٤/١٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٢ مدنى – العدد ٣ – ص٨٥٢ وما بعدها .

(٣) أنظر : تعليمات وزارة العدل بشأن المادة ٧٩ من قانون المرافعات الملغى المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، والمطابقة للمادة ٢١ من قانون المرافعات الجديد ، والمرافعات المدنية – للدكتور أحمد ابو الوفا – طبعة ٨ – ١٩٦٥ – بند ٤٠٨ ، وقانون المرافعات – للأستاذ محمد كمال ابو الخير – طبعة ٥ – ص٢٣٦ و ٢٣٧ .

وشرط إستحقاق نصف الرسوم على الدعوى عند إنتهائها صلحاً فى مفهوم نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية معدلة بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٦ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ألا يسبق إثبات المحكمة لهذا الصلح صدور حكم قطعى فيها فى مسألة فرعية أو حكم تمهيدى فى الموضوع .

والحكم القطعى هو ذلك الذى يضع حداً للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته (١) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - مدنى وأحوال - ص٢٦٢ ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٧ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص٥٧١ .

الباب الثانى

الإختصاص

قواعد الإختصاص فى اللائحة الشرعية ، وقانون المرافعات :

١١٧- ألغى قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بعض أحكام اللائحة الشرعية ، وأحالت المادة الخامسة منه إلى قانون المرافعات فيما ألغى من أحكام اللائحة المذكورة .

وبالنسبة لقواعد الإختصاص فقد تضمنت اللائحة الشرعية فى الكتاب الثانى منها أحكام الإختصاص النوعى فى المواد من ٥ إلى ١٠ منها ، وفى الكتاب الثالث أحكام الإختصاص المحلى فى المواد من ٢٠ إلى ٢٨ منها .

أما قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد تناول أنواعًا عديدة من الإختصاص ، هى :

١- الإختصاص الدولى (المواد من ٢٨ إلى ٣٥) .

٢- الإختصاص النوعى (المواد من ٤٢ إلى ٤٨) .

٣- الإختصاص المحلى (المواد من ٤٩ إلى ٦٢) .

٤- الإختصاص الولائى (المادة ١٠٩) .

٥- الإختصاص القيمى (المادة ١٠٩) .

ولما كان هذا الكتاب يعتمد فى أساسه على أصول المرافعات الشرعية المستمدة أساسًا من نصوص اللائحة الشرعية المعمول بها والقوانين المكملة لها ، فإن دراستنا لأحكام الإختصاص النوعى والإختصاص المحلى تكون كما جاءت بهما اللائحة الشرعية بإعتبارها القانون الواجب التطبيق فى هذا الخصوص ، مع تكملة أحكامها بما نص عليه قانون المرافعات فيما لم تتناوله اللائحة الشرعية من المبادىء .

أما بالنسبة للإختصاص الدولى والإختصاص الولائى فلا نرى محلاً لبحثهما هنا تاركين لكتب المرافعات المدنية المجال فى هذا الصدد ليرجع إليها من يبتغى مزيداً من الفائدة(١) .

وعلى هدى ما تقدم سوف نتناول فى فصلين :

الإختصاص النوعى .

والإختصاص المحلى .

الفصل الأول

الإختصاص النوعى الشرعى

١١٨- يتناول بحث الإختصاص النوعى الشرعى (٢) ، كما حددته اللائحة الشرعية ، بحث إختصاص المحاكم الشرعية - على إختلاف درجاتها- بأنواع معينة من المنازعات ، تتصل إتصالاً وثيقاً ومباشراً بعقد الزواج أو القرابة ، وجوداً ، وإنحلالاً ، والآثار التى تنشأ مصاحبة للعقد أو لصلة أو تتولد بعد ذلك عنهما .

فتخصص المحاكم الجزئية الشرعية (دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الجزئية الآن بعد صدور قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة

---

(١) ينظر فى الإختصاص فى أصول المرافعات الشرعية : شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٣ - ص١٠٥ وما بعدها ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - للقاضى محمود الغراب . والإختصاص العام للمحاكم الشرعية - للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - المحاماة الشرعية - السنة ١١ العدد ٢ - ص٣ وما بعدها .

(٢) يراجع فى الإختصاص النوعى الشرعى ، شرح لائحة الإجراءات الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٣ - ص١٦٧ وما بعدها ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - للقاضى الشرعى محمود الغراب - ملحق السنة ١٥ لمجلة المحاماة الشرعية - ص٥ وما بعدها ، والإختصاص العام للمحاكم الشرعية بعد إتفاق مونترو - بحث - لأستاذنا العلامة الشيخ عبد الوهاب خلاف - المحاماة الشرعية - السنة ١١ - العدد ٢ - ص٣ .

١٩٥٥) ببعض هذه المنازعات إختصاصاً نهائياً فى بعض الحالات ، أو إختصاصاً إبتدائياً (أى قابلاً للإستئناف) فى حالات أخرى ، كما تختص بعض المحاكم الجزئية إختصاصاً إستثنائياً ونهائياً ببعض المنازعات التى تختص بها أصلاً وبحسب أحكام اللائحة الشرعية - المحاكم الإبتدائية الشرعية .

وتختص المحاكم الإبتدائية الشرعية (دوائر الأحوال الشخصية بالمحاكم الإبتدائية طبقاً لقانون توحيد القضاء) ببعض هذه المنازعات إما إختصاصاً إبتدائياً ، وإما إختصاصاً إنتهائياً ببعض المواد والقرارات .

وتختص المحاكم الإستئنافية بالإستئنافات التى ترفع عن أحكام المحاكم الجزئية أو الإبتدائية حسب الأحوال .

وسوف نتناول فى فروع ثلاثة إختصاص المحاكم الجزئية الشرعية ، وإختصاص المحاكم الإبتدائية الشرعية ، وإختصاص المحاكم الإستئنافية الشرعية .

الفرع الأول

إختصاص المحاكم الجزئية الشرعية

١١٩- اختصاص المحكمة الجزئية :

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل التالية ، ويكون حكمها قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته (م٩) .

١- فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

أ- دعاوى ضم الصغير وحضانته وحفظه ورؤيته والانتقال به .

ب- دعاوى النفقات وما فى حكمها والأجور والمصروفات بجميع أنواعها .

جـ- دعاوى الإذن للزوجة بمباشرة حقوقها .

د- دعاوى المهر والدوطة والشبكة والجهاز . ويكون الحكم نهائياً إذا

كان المطلوب لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيه (بمراعاة نص الفقرة ١ من المادة ٤٢ مرافعات المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية - فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ - العدد ٢٢ مكرر - التى أحالت عليها المادة ٩ فقرة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

هـ- تصحيح قيود وثائق الزواج والطلاق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

و- توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

ز- الإذن بزواج من لاولى له .

ح- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، ما لم يثر بشأنها نزاع.

٢- المسائل المتعلقة بالولاية على المال :

متى كان المطلوب حمايته لا يتجاوز ١٠٠٠٠ج عشرة آلاف جنيه (م ، ١/٤ مرافعات معدلة التى أحالت إليها المادة ٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠ فى هذا الخصوص) :

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

ب- اثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

جـ- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله .

د- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله وادارتها وفقًا لأحكام القانون ، والإذن له بمزاولة التجارة واجراء التصرفات التى يلزم للقيام بها الحصول على إذن ، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

هـ- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

و- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى

النفس أو ولى التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

ز- اعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال .

ح- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها .

ط- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها .

ك- جميع المواد الأخرى المتعلقة بادارة الأموال وفقًا لأحكام القانون واتخاذ الاجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

ل- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على ١٠٠٠٠ج عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٢ مرافعات المحالة عليها بالمادة ١١/٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

المطلب الأول

الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية الشرعية

١٢٠- نصت المادة ٥ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى (١) ، فى المنازعات فى المواد الآتية :

---

(١) والمقصود بالحكم النهائى فى المادة الخامسة من اللائحة الشرعية - وعلى ما إستقر عليه قضاء المحاكم الشرعية - والفقه الشرعى - هو الذى لا يقبل الطعن فيه أمام محكمة من محاكم الدرجة الثانية (الإستئناف) ، بما لا يمنع من جواز الطعن فيه بطريق المعارضة أو التماس إعادة النظر إذا وجدت صورة أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم .

نفقة الزوجة ، ونفقة الصغير بجميع أنواعها ، إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين . وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش فى الشهر .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا لم يزد مجموع ما يطلب على ألفى قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين .

المهر والجهاز إذا كان ما يستحقه الطالب لا يزيد عن ألفى قرش وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على عشرة آلاف قرش .

الصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .

وذلك كله إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به » .

وقبل أن نبدأ التعريف بكل عنصر من العناصر التى تقوم عليها منازعات يتحدد بمقدارها الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية ، نود أن نقول أن المقادير التى حددها نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية الذى وضع عام ١٩٣١ أى منذ أكثر من ٦٨ عاماً لا تصلح اليوم أساسًا لتحديد هذا الإختصاص ، والذى من مؤداه طرح منازعات ضئيلة القيمة على الدوائر الإستئنافية ، كان فى مقدور القاضى الجزئى أن يحسمها بحكم نهائى تتحدد به مراكز الخصوم وتنخفض به خصوماتهم ومنازعاتهم ، لهذا نهيب بالمشروع أن يعدل هذه المقادير بما يتفق مع ما أحرزه المجتمع من التقدم ، ويراعى فيه القوة الشرائية للنقود . وبهذه المناسبة نسوق مثلاً لحتمية التعديل بالنسبة للمهر ، فتجرى الأصول الشرعية على أن أقل المهر عشرة دراهم ، والعشرة دراهم هذه تقوم بالنقود عندنا بمبلغ خمسة وعشرون قرشاً !! فهل مثل هذا المبلغ يصلح فى هذه الأيام أساساً لحساب أقل المهر ؟ !!

بعد ما تقدم نعود إلى دراسة عناصر المنازعات التى تناولها نص المادة ٥ من اللائحة الشرعية والتعريف بها فى نطاق وأصول المرافعات الشرعية ، تاركين المزيد من التفصيل إلى ما سيرد شرحه للقواعد الموضوعية فى

مسائل الأحوال الشخصية .

أولاً – نفقة الزوجة :

١٢١ – النفقة من الحقوق التى تترتب للزوجة على زوجها كأثر من آثار عقد الزواج الصحيح من أحكامه .

وقد ثبت وجود النفقة بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس .

وسبب وجوبها هو إحتباس الزوجة لحق زوجها ومنفعته ، ولهذا فهى تستحق للزوجة المسلمة والكتابية والغنية والفقيرة على السواء ، لأن الإحتباس متحقق فيهن جميعاً .

ويشترط فى الإحتباس الموجب للنفقة أن يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالنكاح ، فمتى وجد الإحتباس بشرطه وجبت شرعاً ، وإذا زال ، فإن كان زواله من جهة الزوج لا تسقط نفقة زوجته ، وإلا فلا – ومن ثم فإن الزوجة التى أصيبت بالجنون ودخلت من أجله مستشفى الأمراض العقلية وحالتها لا تسمح بخروجها منها لا نفقة لها (١) .

وما دامت الزوجة قد حبست نفسها لصالح زوجها (٢) وقعدت عن

---

(١) المنصورة الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٨/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ١٧ – العدد ٣و٤ – ص١٦٢ ، ودمياط الكلية الشرعية – الدائرة الأولى – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ – القضية ٣٦ سنة ١٩٢٤ – أحوال مستأنف .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية – رسالة دكتوراه – للدكتور العميد السعيد مصطفى السعيد – ص٢٠٨ ، والمراجع العديدة التى أشار إليها فى هامشها ، وعقد الزواج وآثاره – الشيخ محمد أبو زهرة – محاضرات – ص٢٧٩ ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للقاضى أنور العمروسى – ص٢٥٨ – ودمياط الإبتدائية – الدائرة المستأنفة – القضية ١٠ – سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنفة – جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ – لم ينشر .

وقد جاء بأسباب هذا الحكم أنه لما كان المقرر شرعًا وقانونًا أن نفقة الزوجة على زوجها للإحتباس فى مصالحه ، وتقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً ، ومؤدى ذلك أن نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضى منهما ، ومن ثم فإن مناط النفقة المقررة على زوجها هو للعقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له ، فإذا لم يتحقق الإحتباس أو الإستعداد فلا نفقة ، وإذا تحقق الإستعداد مع إمكان إستيفاء أحكام الزواج من الزوجة فى الجملة ، وجبت النفقة سواء إنتقلت –

الإكتساب ، كانت نفقتها واجبة شرعاً ، وعلى هذا إجماع العلماء (١) .

وتشمل النفقة : الطعام والكسوة ، والسكنى والخادم .

وإتفق الفقهاء على أن النفقة إذا أطلقت تشمل الأنواع الثلاثة فقط : (الطعام والكسوة والمسكن) (٢) .

وقد تعارف علماء الحنفية على أن النفقة إذا أطلقت تشمل الطعام ، ولذا يعطفون عليها : الكسوة ، والسكنى (٣) .

ويجوز أن تكون نفقة الطعام أصنافاً من المأكولات كمقادير من القمح أو الشعير أو الأذرة ، ومقادير من اللحم ، ومن الخضروات أو الفاكهة . غير

= إلى بيت الزوجية أو لم تنتقل ولم تمانع فى الإنتقال ، لأن الزوج هو الذى ترك حقه فى طلب إنتقالها إلى بيته ، فتجب لها النفقة لوجود التسليم الحكمى ، وأيضاً : المنصورة الإبتدائية - جلسة ١٩٦٧/١٢/١٥ القضية ٢٤٣ سنة ١٩٦٧ أحوال نفس، وجلسة ١٩٦٥/٢/٢٢ - القضية ٥٠١ ، ٤٨٥ سنة ١٩٦٤ أحوال س ، وبلقاس جلسة ١٩٧١/٥/١٩ ، القضية ٨٠ سنة ١٩٧١ أحوال ، وجلسة ١٩٧١/١١/٢١ - القضايا ١٤٣ و١١٧ و ١١٨و ٢٢٢و ٢٢٨ سنة ١٩٧١ أحوال ، وأجا - ١٩٧١/٥/٣٠ القضية ٤١٩ سنة ١٩٧٠ أحوال .

(١) وقد قضى بأن إدعاء حصول الصلح على الأكل تموينا فى يوم الحكم بالنفقة بعد صدوره ، وبدون أن تؤخذ به ورقة ، ثم مضى مدة طويلة دون أن ترفع الدعوى بإبطال المقرر مع تنفيذ الحكم به ، كل هذه القرائن صالحة لتكذيب الدعوى مانعة من سماعها (الزقازيق الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٥/٥/٢١ - المحاماة الشرعية - ٢٦٣ ص٢٥٢) .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية - المرجع السابق - هامش ٢٠٩ ، والمذكرة الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية - المرجع السابق - ص ٢٥٨ ، وبلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧١/١١/٣ القضية سنة ١٩٧١ أحوال نفس .

(٣) إبن عابدين - جزء ٢ - ص٨٨٦ . فقد أبان الفقهاء أن النفقة إصطلاحهم هى الطعام والكسوة والسكنى ، فإذا أطلق لفظ النفقة إنتظم هذه الأمور الثلاثة ، وقد علق إبن عابدين على المراد بالنفقة بأنها الطعام ويعطفون عليه الكسوة والسكنى ، والعطف يفيد المغايرة وهذا ما جرى عليه العرف (يراجع فى ذلك : مختص القدورى تعليق العلامة الميدانى ، والبحر - جزء ٤- باب النفقة والتنوير وشرحه - باب النفقة) .

أنه لا يعمل فى مصر بهذا النظام ، والجارى عليه العمل بالمحاكم المصرية أن يفرض القاضى مبلغًا من النقود يمثل هذا العنصر من عناصر النفقة . وقد يكون هذا المبلغ شهرياً أو أسبوعيًا . كما تذهب بعض المحاكم إلى فرض مبلغ شهرى لكل أنواع النفقة .

أما الكسوة فهى أنواع الثياب للكسوة الزوجية (١) والكسوة نوعان : كسوة للشتاء ، وكسوة للصيف . وعمل المحاكم المصرية على فرض مبلغ معين يسدده الزوج لزوجته كل ستة أشهر ، أى مرتين فى السنة ، يمثل كسوة الشتاء وكسوة الصيف .

والنفقة بأنواعها الثلاث لا تشمل سوى : الطعام ، والكسوة ، والمسكن(٢) .

إن النفقة فى إصطلاح الفقهاء ، هى : الطعام ، والكسوة ، والسكنى ، وقد صارت حقيقة عرفية فى الطعام ، كما صار لفظ الكسوة كذلك فى شأن اللباس ، والسكنى فى المسكن بأدواته . فإذا أطلق لفظ النفقة إنتظم هذه الأمور الثلاثة ، شأن العام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة ، فى حدود ما تواضع عليه العرف وحددته العادة وجرى به الإستعمال فلا يتناول الأجر ولا بدل الفرش والغطاء ، ذلك أن لفظ (النفقة) لو كان يصدق على الأجرة لكان نوعًا لها لكنه لا يصدق لإختلافهم فى الأحكام ، فليس نوعاً لها فثبت عدم شموله لها (٣) .

---

(١) وتختلف الكسوة بإختلاف العادات والأماكن حراً وبرداً وعرف كل إقليم ، وقد إستقر العرف على إستعمال لفظ الكسوة فى خصوص اللباس ، من باب قصر العام على بعض ما يتناوله لجرى العادة بعدم إرادة بعض أفراده ، وإستعمال الناس حجة يجب العمل بها (مادة ٣٧ مجلة الأحكام العدلية ، وإبن عابدين – جزء ٤ – باب الحقوق) .

(٢) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – ٤٧٠ وما بعدها ، ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٢٢/٤/٢٩ القضية ١٩ سنة ١٩٢٢ س – لم ينشر وجلسة ١٩٧٢/١١/٢٥ – القضية ٢٣و٢٦ سنة ١٩٢٢س – لم ينشر.

(٣) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٢و٨–ص٤٨٠ .

وإذا كانت النفقة شاملة لأنواعها الأربعة ، فإنها تشمل : الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، والفرش والغطاء ، كما تشمل الخادم أيضًا إذا كان الزوج ممن تخدم زوجته أو أولاده (١) .

ونفقة الزوجة نفقة كاملة وتقدر بحسب حال الزوج يسرًا أو عسرًا (٢) لقوله سبحانه وتعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسًا إلا ما آتاها سيجعل الله من بعد عسر يسرًا » وطبقًا للمادتين ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

وتفرض النفقة من تاريخ الإمتناع إذا قام الدليل على ثبوته بإقرار أو بشهادة شهود ، وإلا فمن تاريخ رفع الدعوى ، لأن التداعي دليل الإمتناع ، وتاريخ تقديم الدعوى قرينة الخصومة ، وتعتبر النفقة دينًا في ذمة الزوج

---

(١) وقضت محكمة مصر الإبتدائية الشرعية بأن مما يجوز إستئنافه ما يفرض دفعة واحدة لبدل الفرش والغطاء طبقًا للعموم الوارد في المادة ٣٠٤ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وذلك أن مما يستثنى من هذا العموم إنما هو ما نصت عليها لمادة الخامسة من القانون المذكور صراحة من الأحكام والقرارات التي لا يجوز إستئنافها وليس من بين ما يستثنى الحكم ببدل الفرش والغطاء دفعة واحدة ، فيبقى داخلاً في عموم المادة ٣٠٤ المذكورة ومندرجًا تحتها ، وليس لمتخيل أن يتخيل هذه الحالة من مشمولات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون المذكور ، كذلك لأن هذه الفقرة إنما هي خاصة بمقدار نصاب النفقات عن الشهر الواحد (مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٥/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ٤ و ٥ و٦ – ص٢٢٧ وما بعدها .

(٢) وقضى بأن حالة الزوج يسرًا أو عسرًا تعتبر مقياسًا في فرض نفقة الزوجة أو المعتدة ، لكن ليست هذه هي المقياس الوحيد ، بل أن القاضي وهو يقدر نفقة الزوجة يجب عليه أن يحقق كفايتها أيضًا بشرط أن يكون تحقيق هذه الكفاية في حدود يسار الزوج أو المطلق ، والزوجة أو المعتدة أن تطلب زيادة المفروض بالتراضي إذا كان لا يكفيها ، وتأخذ من الزيادة حكم الأصل من حيث إعتبارها دينًا في الذمة من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه (القاهرة الإبتدائية – الدائرة ٢٩ أحوال شخصية مستأنف – جلسة ١٩٥٨/١٢/٣١ – المجموعة الرسمية – السنة ٥٨ – العدد ٣و٤ – ص١٢٢ وما بعدها .

من تاريخ إمتناعه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) .

ومن ثم فإن مناط النفقة المقررة للزوجة على زوجها هو العقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له . فإذا لم يتحقق الإحتباس ولا الإستعداد له فلا نفقة ، وإذا تحقق الإستعداد مع إمكان إستيفاء أحكام الزواج من الزوجة فى الجملة وجبت النفقة ، سواء إنتقلت الزوجة إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل ولم تمانع فى الإنتقال لأن الزوج هو الذى ترك حقه فى طلب إنتقالها إلى بيته ، فيجب النفقة للزوجة غير المدخول بها من تاريخ عقد الزواج لوجود التسليم الحكمى (٢) .

والنفقة المفروضة بالتراضى كالمفروضة بقضاء القاضى ، ولما كانت نفقة الزوجة بقدر الكفاية وحسب حال الزوج يسراً وعسراً (٣) . فإذا كانت النفقة المفروضة بالتراضى دون الحد المناسب فللزوجة أن تلجأ إلى المحكمة بطلب زيادتها . على أن يأمر الزوج بالزيادة التى يقرها القاضى من تاريخ الفرض السابق ، لأنها نفقة كفاية فتقدر بحسب حال الزوج وتجب من تاريخ الإمتناع (٤) .

---

(١) دمياط الإبتدائية – الدائرة الإستئنافية – جلسة ١٩٢١/١٠/٢٣ القضية ٥٠ سنة ١٩٧١ أحوال مستأنفة – لم ينشر ، وجلسة ١٩٧١/١٢/٢٥ – القضية ٥١ سنة ١٩٧١ أحوال مستأنفة – لم ينشر .

(٢) دمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٢/٥/٢٧ – القضية ٢ و ٣ سنة ١٩٧٢ – لم ينشر.

(٣) وقضى بأنه ليس لمفروض الزوجة حد أعلى يقف عنده تقدير القاضى مادام مناسباً لحال الزوج وتتسع له وجوه النفقة المقررة ، كما أن دفع الدعوى بالنشوز بعد الإقتصار على دفعها بالإنفاق ستة أشهر مع إحتدام الخصومة دليل الإحتيال– وقضايا النفقات من القضايا المستعجلة ، وفتح الباب فيها لشهادة النفى وخاصة فى الدفوع مع إطمئنان المحكمة إلى شهادة الإثبات ، إلتواء فى الإجراءات تأباه طبيعة هذه القضايا وضياع لوقت المحكمة فى غير فائدة مرجوة (جرجا الشرعية – جلسة ١٩٤٢/٨/٩ – المحاماة الشرعية – السنة ١٧ – العدد ٣ و٤ – ص١٣٩).

(٤) وقد قضى بأن الزوجية ثبتت فى غياب الزوج المدعى عليه بالوثيقة ، والأصل البقاء فى العصمة ، والشأن فى الزوجية الطاعة ، وتاريخ تقديم الدعوى قرينة الخصومة والإمتناع عن الإنفاق عليها بغير حق دون توقف على قضاء أو تراض–

وإذا كانت النفقة المفروضة للزوجة – رضاء أو قضاء – لم تكن إلا للأنواع الثلاثة فقط (١) . فإن للزوجة أن تتطلب فرض : بدل فرش وغطاء وأجرة خادم لأنها من عناصر النفقة الواجبة لها (٢) .

وقد قضى (٣) بأن الثابت من تقريرات الحكم المستأنف وسائر الأوراق ولا سيما منها محضر جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ أن محكمة أول درجة ناقشت المدعى عليه (المستأنف الماثل) فى الورقة العرفية المقدمة من المدعية (المستأنف عليها الماثلة) وفى ظروف تحرير هذا الإقرار فيما فرضه فيه

= منها ، ويعتبر ديناً فى ذمته من تاريخ إمتناعه ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (بلقاس الجزئية – جلسة ١٩٦٦/٤/١٣ – القضية ٢٩ سنة ١٩٦٦ أحوال نفس) ، وقضى أيضاً بأن نفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى العقد من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق عليها ، وحكم القاضى بها عند ذلك إنما هو تقدير لها من تاريخ مطل الزوج وعدم إنفاقه على زوجته وتكون ديناً فى ذمته من تاريخ التسليم وترك الإنفاق ولو قبل القضاء بها ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وبذا تصبح نفقة الزوجة التى سلمت نفسها ولم يقم بها مانع يحول دون إستمتاع زوجها بها ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، شأنه فى ذلك شأن الديون الصحيحة (قويسنا الشرعية – جلسة ١٩٥٠/٦/١٢ – المجموعة الرسمية – السنة ٤٩ – العدد ٣ ص٧٦٦) .

(١) وقضى بأن للمحكمة فى سبيل الوصول إلى سلامة تقدير يسار المدعى عليه أن تتناول بالبحث الأوراق الخاضعة بين تكييفها وتكييف شروطها للقضاء المدنى طبقاً للقوانين التى تحكمها (ديروط الشرعية جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٧ – القضية ١٢٢٢ سنة ١٩٤٨ – المجلة الشرعية السنة ٢٢ العدد ٣ و ٤ ص٢٢٧ وما بعدها) وبلقاس – جلسة ١٩٦٩/١٢/٣١ القضية ١٨٥ سنة ١٩٦٩ ، وجلسة ١٩٦٩/٢/١٢ – القضية ٢١٨ سنة ١٩٦٨ ، وجلسة ١٩٢١/٣/٣ ، القضية ٨٠ سنة ١٩٢٠ ، وجلسة ١٩٧٠/١٠/٢٨ ، القضية ٧٢ سنة ١٩٧٠ ، وجلسة ١٩٧٠/٤/١ ، القضية ٣٢ سنة ١٩٧٠ ، وجلسة ١٩٦٩/١١/١٢ ، القضية ١٦٤ سنة ١٩٦٩ أحوال.

(٢) وقضى بأن الزوجة المقيمة مع زوجها فى معيشة واحدة تأكل معه تموينا لا تستحق عليه نفقة (مغاغة الشرعية – جلسة ١٩٥١/٣/٢٦ المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ – ص٢٨٧) .

(٣) دمياط الكلية ، الدائرة الأولى للأحوال الشخصية ، جلسة ١٩٧٣/٦/٢٣ ، القضية رقم ٨٦ سنة ١٩٢٢ ، أحوال نفس مستأنف .

على نفسه لنفقة الزوجة والأولاد ، فأقر بأنه وقع عليه وقبل تحريره ما فرضه على نفسه ، وأنه فى مقابل تحريره إستحصل على تنازل من زوجته عن دعوى نفقة سبق أن رفعتها عليه ، وأنه لم يقل بأنه قد وقع تحت تأثير غش أو إكراه مما صوره فى صحيفة الإستئناف - وإذا كان هو الثابت، وكان المستأنف لم يقل بأن ما فرض كثير ، وأن حالته التى كانت ماثلة أمام محكمة أول درجة - وهى تناقشه فى إقراره العرفى - قد تغيرت إلى أسوأ مما كانت عليه - لما كان ذلك ، وكان المقرر شرعاً وقانوناً أن الإقرار حجة على المقر ، وأن المفروض بالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى ما لم يقم الدليل على أنه لا يطيقه ، وهو لم يقل بذلك ولم يقدم دليلاً عليه ، ومن ثم فإن ما قرره على نفسه ملزم ويؤخذ به ، لأنه الأقدر على تقدير ما يطيقه حراً مختاراً ، وسلطة المحكمة فى تقسيم المفروض من الأصول الشرعية المقررة وقد قسمته ، وإن ما ورد فى الإقرار العرفى من ذكر (الأولاد) بدلاً من الولد ، إنما يحمل إما على الخطأ المادى الذى لا يعتبر شيئًا من المضمون والمحتوى ، وإما على الإحتياط ، والعبرة ، فى كل ذلك ، بالواقع الذى أظهر أن ما بينهما ولد واحد .

كما يلزم الزوج بمفروشات المسكن الذى تقيم فيه الزوجة على نحو يليق بهما وقد إعتادت الزوجات أن يضمن صحف الدعاوى - إلى جانب طلب بدل الطعام والكسوة والمسكن - بدل الفرش والغطاء (١) .

فإذا أعد الزوج لزوجته المسكن الشرعى فلا يفرض لها القاضى أجرة مسكن ولكى يكون هذا المسكن شرعياً يجب أن يكون خاليًا من الضرة ، لأن العادة قد جرت بأن الزوجة تتضرر من وجود الضرة فى مسكنها .

كما يجب أن يكون المسكن الشرعى خالياً من أهل الزوج إذا تضررت من وجودهم .

---

(١) وقضى بأنه متى كان الولد فى عيشة أبيه ، اعتبر موسراً بيساره فى حق النفقة جرياً على العرف المصرى ، كذلك النفقة جرياً على إعتبار هذه الحالة وسوى بين المهر والنفقة متى جرى العرف به (أسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤١/٨/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - س٧٣ ، وقد تأيد إستئنافياً لصحته وصحة أسبابه) .

وجاء فى (الهداية) أنه : « إذا وجب المسكن حقاً لها ، فليس أن يشرك غيرها فيه ، لأنها تتضرر به ، فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الإستمتاع ، إلا أن يختار ذلك ، لأنها رضيت بإنتقاص حقها ، وهذا يدل على أن لها ألا تتمكن مع أهله إذا ما تضررت ، وتسأل دليلاً عن الضرر أو مقداره » .

ويكون المسكن حسبما يلَيق بحال الزوج ، فإن كان ممن يسكن فى قصر أو منزل أو جناح فى مسكن أو فى حجرة يكون المسكن الشرعى لها كذلك ، يغلق عليها ، تأمن فيه على متاعها ، مستكملاً للمرافق الشرعية ، وذلك مهما كانت حال الزوجة .

كما يشترط فى المسكن الشرعى أن يكون له جيران صالحين مسلمين، فإن كانت تتضرر من وجود أقارب الزوج أو أهله ، فيعتبر المسكن غير شرعى ويتعين على الزوج أن ينقلها منه .

وتضيف الزوجات إلى عناصر نفقتها عند مقاضاة زوجها طلب أجر خادم (١) .

فإذا كان الزوج موسراً ، وزوجته ممن تخدم ، وجبت عليه أجرة خادم بالإتفاق بين الفقهاء ، لأنه يكون من نفقتها ، ولأنه لازم لها ، وهو قادر على الوفاء بأجرته .

١٢٢- غير أن الخلاف بين الفقهاء قد ثار حول ما إذا كان يفرض للزوجة أكثر من أجر خادم .

فيرى البعض أن الخادمين ترف غير واجب (أبو حنيفة ومحمد) .

---

(١) إذا صالحت المرأة زوجها عن نفقة ثم قال الزوج لا أطيق ذلك فلا يقبل قوله لتناقضه ما لم يظهر للقاضى حاله ، ويرتفع التناقض بالتوفيق ، والتوفيق بالفعل شرط فى الإستحسان وهو الأصح ، والقياس أن إمكان التوفيق كاف فى رفع التناقض ، وقيده صاحب (البحر) بأن لا يكون التناقض ساعياً فى نقض ما تم من جهته (منوف الشرعية جلسة ١٩٤٤/٦/٢٠ - القضية ٨٤٠ سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٧ و ٨ - ص٣٨٢ وما بعدها) .

بينما يرى البعض الآخر وجوب أجرة خادمين لا أكثر إذا كان الزوج قادراً (أبو يوسف وغيره) .

وذهب رأى ثالث أنه إذا كان مثلها يخدم بأكثر من خادمين فرض لها أجرتهم متى كان الزوج قادراً ، ذلك لأنه الأقرب إلى روح العصر والذى يتفق مع عرف الطبقات الموسرة ، والمتوسطة أحياناً (١) .

أما إذا كان الزوج معسراً فلا تجب عليه نفقة خادم أصلاً لأن النفقة الواجبة هى نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً .

١٢٣- ويمكن القول بأن نفقة الزوجة خمسة أنواع :

١- نفقة اليسار ، وهى تكون والزوج موسراً .

٢- نفقة التوسط ، وهى تكون بين اليسار والإعسار .

٣- نفقة الكفاية ، وهى ما يكفى لمعيشة الزوجة .

٤- نفقة الضرورة ، وهى ما لا يدخل فيها عناصر الترف (كالخادم والمبالغة فى الكساء والفرش وغيرهما) .

٥- نفقة الفقراء ، (الإعسار) ، وهى الحد الأدنى لنفقة الفقير المعسر .

---

(١) القول بأن إحتراف الزوجة ليس مانعاً من وجوب النفقة لها على زوجها هو أحرى الأراء بالقبول لأنه الذى يتفق وتطورات الزمن وطبيعة العصر الذى نعيش فيه . أن أصحاب الرأى القائلين بأن الإحتراف مانع من وجوب النفقة لم يذكروا الإحتراف على أنه مانع من النفقة لذاته بل أوردوه على أنه مظهر من مظاهر النشوز ، فما لم يتشكل الإحتراف بهذا الشكل فإنه لا يمنع من وجوب النفقة ، لا تسقط النفقة عن الزوج بمجرد إحتراف الزوجة إلا إذا منعها الزوج من ذلك فأبت . إن إنذار الزوج لزوجته بالإمتناع عن العمل فى وظيفتها بعد تعهده بأنه لا حق فى مطالبتها بالخروج منها لا يعول عليه لأنه محض كيد ، ولأنه نقض ما تم من جهته (اسيوط الجزئية الشرعية - السنة ٢١ العدد ٧ و ٨ ص٣٩٧ وما بعدها) - كما أن سكوت الزوج عن منع زوجته من الإشتغال بالتدريس طول مدة الزوجية دليل رضاه بإحترافها لم يقبل منه الدفع بعدم إستحقاقها للنفقة عامة (شبرا الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١/٥ - القضية ١٠٢٠ سنة ١٩٥٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٥ و ٦- ص٣٢١ وما بعدها .

وتفرض النفقة – عادة – حسبما يقضى به العرف تيسيراً على الزوج . فإذا كان الزوج من عمال اليومية فرضت عليه النفقة وأمره القاضى بأدائها للزوجة يوميًا ومقدماً حتى تنفق منه . وإذا كان الزوج يتقاضى دخله من عمله شهرياً ، أو كان تاجراً ، فرضت النفقة مشاهرة . وأما إذا كان يعتمد على محاصيل زراعية كان الفرض سنويًا بمراعاة مواسم جنيها ... وهكذا(١) .

على أن المعمول به فى المحاكم المصرية هو أن يفرض للزوجة مبلغ شهرى مقابل نفقة طعامها وكسوتها وبدل فرشها وغطائها وأجرة مسكنها وأجرة خادمها إذا كان الزوج موسراً . وقد يقضى بحكم الفرض بمبلغ مقابل كسوتها يدفع لها كل ستة شهور لكسوة الصيف ، وكسوة الشتاء .

ولا تتجه دعوى إبطال المقرر للزوجة على زوجها من كفيله ، إذ لا خصومة له مع الزوجة إلا فى طلب أمرها بعدم مطالبته بهذا المقرر (٢) .

---

(١) تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً طبقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمذكرة التفسيرية لهذه المادة (الخليفة الشرعية– جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ١ و٢و٣ – ص٩٣ وما بعدها) كما وأن الزوجة مخيرة بين مطالبة زوجها بالنفقة ومطالبة كفيله بها إبتداء أو الجمع بينهما (قويسنا الشرعية – جلسة ١٩٥٠/٦/١٧ – القضية ٤٤٥ سنة ١٩٥٠ – المحاماة الشرعية – – السنة ٢١ – العدد ٩ و ١٠ – ص٤٥٤ وما بعدها) المقرر شرعاً أن الكفيل خصم فى حالتى الرضا والغضب ، وللزوجة أن تطالبه وحده ويؤمر بأداء النفقة التى لم تستوفيها من زوجها إليها حتى ولو كانت متواطئة مع زوجها ولا خصومة بينهما أن الكفيل ليس بخصم فيما يمنع الفرض كالتواطؤ وهو خصم فيما يمنع أصل الإستحقاق كالنشوز (منوف الشرعية – جلسة ١٩٥١/١٠/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ العدد ٨ و ٩ و ١٠ – ص٢٤٩ وما بعدها) وذات الجلسة – جلسة ١٩٧٣/٤/١٤ – القضية ٤٠ و ٤١ سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنف ، وذات الجلسة – القضية ٢٧ سنة ١٩٧٢ ، وجلسة ١٩٧٣/٤/٢٨ – القضية ٢ سنة ١٩٧٣ ، وجلسة ١٩٧٣/٤/٢٨ – القضية ٩٤ سنة ١٩٧٢ .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٥/٢/٤ – المحاماة الشرعية – ٢٥٧ – ص٩٤٤ .

١٢٤- غير أنه ثار خلاف فى الفقه حول تقدير النفقة . هل ينظر فى تقدير ما يفرض إلى حال الزوج أم إلى حال الزوجة أم إلى حالهما معاً .

فذهب البعض إلى القول بالنظر إلى حالهما معاً ، فإذا كانا متفقين فى اليسار كانت النفقة نفقة اليسار . وإذا كانا معسرين كانت نفقة الإعسار . وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً كانت نفقة التوسط بين اليسار والإعسار - أما إذا كان الزوج هو المعسر يفرض عليه ما يقدر عليه والباقى يكون ديناً فى ذمته تستدينه عليه ممن يجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة ، ونظرة إلى ميسرة .

وإستدل أصحاب هذا الرأى بقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وبقول عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » وهو الحديث الذى رواه البخارى ومسلم من أن هند بنت عتبة زوج أبى سفيان ، إذ قالت : يا رسول الله ، أن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى . إلا ما أخذ من ماله بغير علم .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن تفرض النفقة حسب حال الزوج يساراً وإعساراً - وإستدلوا على رأيهم بقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ، وكما أن حسن المعاشرة يقتضى أن يرفع الزوج خسيسة زوجته إن كانت فقيرة ، ويوجب على الزوجة أن لا ترهق زوجها بمطالبته بما لا يقدر عليه .

وكان العمل بالمحاكم المصرية - قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجرى على إتباع الرأى الأول (١) .

---

(١) نفقة الزوجية على الزوج لزوجته ، وتعتبر من أحكام عقد الزواج الصحيح ومن الحقوق الثابتة للزوجة ، وتقدر النفقة بصفة عامة بإعتبار حاجة من يطلبها ويسار من يجب عليه أداؤها ، وتجب النفقة على الزوج من تاريخ إمتناعه عن ادائها (الزيتون الجزئية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٤ - القضية ٥٣ سنة ١٩٥٩ أحوال شخصية - المجموعة الرسمية السنة ٦٠ العدد ١- ص١٥٩) ، والحكم الصادر بالنفقة بحسب الأصل - يحوز حجية مؤقتة لأنه مما يقبل التغيير والتبديل-

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أخذ بالرأى الثانى ، فقد نصت المادة ١٦ منه على أنه :

« تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة (١) .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – فى صدد المادة ١٦ منه – ما يلى :

« بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة إلا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة ، إستناداً إلى صريح الكتاب الكريم : (لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا ، أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) .

وبما أنه لا يجب أن تؤخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه أن ينفق عليها بما يستطيع حسب إختلاف الأزمان والأحوال ،

=وترد عليه الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليه التغيير بسبب دواعيه ، إلا ان هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير ، فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ، ويجوز الطعن فيه بالنقض (نقض جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ – الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٨ « أحوال شخصية » مجموعة المكتب الفنى – السنة ١١ – العدد ٣ – مدنى – ص٥٤٠ وما بعدها ، ونقض المبدأ ، نقض – جلسة ١٩٦٣/١/٣٠ – الطعن ٥٣٢ لسنة ٢٦ق – المرجع السابق – السنة ١٤ – العدد ١ – مدنى – ص١٨٩ وما بعدها) .

(١) إقرار الزوجة بأنه ليس لها أى شىء قبل زوجها من قبيل الإقرار العام لأنه ذكر فى سياق النفى فيعم ، وبمقتضى هذا الإقرار لا يكون لها الحق فى مطالبته بشىء ما من حقوق الزوجية ، وذلك لأن الفقهاء قد نصوا على ذلك ، وقد جاء فى البحر – جزء ٧ ص١٦٢ نقلاً عن المبسوط و « ويدخل فى قوله لاحق على قبل فلانة كل عين وكل كفالة أو جباية أو إعساره أو جد » . (الجمرك الجزئية – جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ – القضية ٥٣٦ سنة ١٩٥٢ ، أحوال شخصية) ومتى كان الزوج فقيراً عن الكسب لكبر سنه وضعفه كانت نفقة زوجته على أولادها لا يشاركهم فيها أحد ، بل كانت نفقة زوجته على أولاده هو ولو لم تكن أمهم (الطسا الجزئية – جلسة ١٩٥٨/٥/٢١ – القضية ١١٢ سنة ١٩٥٨ أحوال نفس) .

فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعى والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة ولهذا وضعت المادة ١٦ .

فى مدى الإلتزام بأجر الطبيب، والمولد ، وتكفين الزوجة:

١٢٥- لقد ثار الخلاف بين الفقهاء وبين المحاكم الشرعية حول مدى إلتزام الزوج بأجر الدواء اللازم لعلاج زوجته ، وأجر الطبيب الذى يتولى علاجها من ناحية ، كما ثار الخلاف حول مدى إلتزام الزوج بأجر المولد ومصاريف الولادة من ناحية أخرى .

فبالنسبة لأجر الدواء والطبيب ، فإن المنصوص عليه فى الأصول الشرعية أن الزوج غير ملزم بالدواء لزوجته ، فقد ذكر (إبن عابدين):

كما لا يلزم بمداواتها أى إتيانه لها بدواء المرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة (١) . ولا يقال ذلك من قبيل المحافظة على الصغير فيلزم به أبوه . لأن النص فى عدم وجوب الدواء على الزوج مطلق غير مقيد بقيد(٢) كما أن الراجح فى المذهب الحنفى أن أجرة الطبيب المولد على والد الصغير ، لأن نفقته واجبة عليه ، وصيانة حياته بالأولى ، وما ذكر من أن الصغير يندفع من رحم أمه بدون حاجة مساعدة أحد فتدفعه مستشفيات الولادة المنتشرة فى أنحاء البلاد لإنقاذ الوالدات اللاتى يجدن عسراً فى حالة الوضع ، وقل أن نجد فى هذا الزمن أمرأة تلد بدون مساعدة وهى فى ذلك درجات ، فالبعض منهن يكتفى بالقابلة ، والبعض منهن يرى أن يلازمها الطبيب قبل الوضع بأيام ، ويرى البعض الإكتفاء بدعوة الطبيب فى اللحظات الأخيرة ، وقد جرى بذلك العرف (٣) .

وبالنسبة لأجر المولد (أو القابلة) وما تطلبه النفساء مقابل ما صرفته

---

(١) عند (السراج) .

(٢) إمبابة الشرعية ، جلسة ١٩٤٤/٥/٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١٧ - العدد ٣و٤ - ص١٤٩ .

(٣) الجيزة الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٢/١ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٣ و ٤ و ٥ و ٦- ص٢٩٩ .

فى نفسها ، فإن المقرر فى الأصول الشرعية (١) ونقلاً عنها أن أجرة القابلة (أو المولد) على من إستأجرها من زوجة وزوج ، فإن جاءت بغير إستئجار ، فقد ذهب رأى إلى أنها على الزوج لأنها مؤونة الجماع ، ورأى آخر يذهب إلى أن ذلك على الزوجة كأجرة الطبيب . وذكر فى (الدر المختار) إنها على من إستأجرها من زوجة وزوج ، وإن جاءت (أى القابلة) بلا إستئجار ، فقد ثار خلاف فرأى يقول عليها ، ورأى آخر يقول عليه ، (ذكر إبن عابدين) تعليقاً على حالة ، مجيء القابلة بلا إستئجار ما يأتى : « ومقتضاه أنه قياس ذو وجهين لم يجزم أحد من المشايخ بأحدهما خلاف ما يفهمه كلام الشارح، ويظهر لى (أى لإبن عابدين) ترجيح الأول ، لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه » ومن هذا يتضح أن وجوب أجرة القابلة على من إستأجرها محل إتفاق بين الجميع . أما ما تصرفه النفساء على نفسها من دهن وسكر وغير ذلك ، فقد ذهب رأى إلى إعتباره من قبيل المؤونة الواجبة للزوجة على زوجها ، أو من قبيل دفع الأعراض الناشئة عن الولادة من الضعف والهزال والأوساخ وما إلى ذلك مما له تأثير على صحة الوالدة ، وأنه لا فرق بين حاجة الوالدة إلى ما ذكر وبين حاجة المريضة إلى الدواء ، إذ أنه لا شك فى أن أعراض الولادة هى أمراض ناشئة عنها . فيحتاج الجسم لإستعادة صحته إلى الدواء . وقد نص فى المذهب (الحنفى) على أن الزوج لا يلزم بالدواء لزوجته (فضلاً عن المطلقة منقضية العدة) ، فقد جاء فى (الفتاوى الهندية) ما نصه : «ولا يجب الدواء للمرض ولا لأجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة ، كذا فى (السراج الوهاج) » ، وذكر (إبن عابدين) أن تستعمله النفساء مما يزيل الكلف ونحوه من المداواة التى لا يلزم بها الزوج (٢) .

أما بالنسبة للصغير (أو الصغيرة) فإن له فى نظر الشريعة والقانون والعرف العام حقوقًا على والديه فى الفترة التى لا يستطيع خلالها الإعتماد

---

(١) الفتاوى الهندية ، والذخيرة ، وفتح القدير .

(٢) إسنا الشرعية – جلسة ١٩٤١/٢/٢٥ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ العدد ٩ – ص٨٤ .

على نفسه فعليهما معًا المحافظة عليه من الهلاك ، فعلى الأم إرضاعه وحضانته وعلى الأب نفقته وعلاجه . ويعالج الصغير الفقير بالمجان فى المستشفيات والوحدات الصحية والمراكز الإجتماعية متى كان والده فقيرًا، سواء أكان فى حجرة والديه معًا أو فى حجرة والدته وحدها . ويعالج الصغير الفقير بالأجر على حساب والدته متى كان والده غنيًا ، سواء أكان فى حجر والديه معًا أم كان فى حجر والدته وحدها حتى لا يزاحم الفقراء فى طريق علاجهم فإذا كان الصغير فى حجر والدته المطلقة وكان والده غنيًا ، فلها أن تعالجه بالأجر وتدفع أجر الطبيب وثمن الدواء قبل الحكم لها وترجع على الأب بما دفعت ، ويعتبر الأب فى هذه الحالة فى حكم الغائب وتنوب عنه الأم فى ولاية علاج الصغير ، كما تنوب عنه فى الإنفاق عليه من مالها حين غيبته ثم ترجع عليه بما أنفقت . وينبغى إعتبار علاج الصغير وتعليمه يلزم به والده ، لأن لعلاج الصغير وتعليمه من الظروف والملابسات ما يقتضى ذلك ، وترك الصغير بدون علاج يترتب عليه ضعف صحته أو هلاكه ، وفى ضعفه ، ينبت فى الأمة عضو مريض يكبدها مصاريف علاجه ، وفى فقده تفقد الأمة عضوًا يكون نافعًا وتسعد به (١) .

أما تجهيز وتكفين ونقل الزوجة المتوفاة لا يكون من مؤخر صداقها، بل يكون على زوجها وحده لا يشاركه فى ذلك كما لا يشاركها بتجهيز الزوجة إذا ماتت فى حياة زوجها ، وظاهر الرواية والقول فى نفقتها وقت حياتها لا يشاركها أحد ، وقد إختلف الفقهاء ، فيمن يلتزم والمفتى به قول أبو يوسف من أن تكفينها وتجهيزها على الزوج مطلقًا ، وإذ لا نص فإنه إعمالاً لحكم المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية يتعين إلزام الزوج بذلك وحده لا يشاركه فيه أحد ، كما لا يشاركه فى نفقتها وقت حياتها أحد (٢) .

نفقة المطلقة :

١٢٦ – لما كانت المطلقة من طلاق رجعى فى حكم الزوجة ما دامت

---

(١) بنى سويف الكلية الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٢/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – العدد ١ و ٢ و ٣ – س٧١ ، وحاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٧٠٤ .

(٢) الوايلى الشرعية – جلسة ١٩٥٠/٣/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ١و٢ و ٣ ص١٣١ .

فى العدة ، فإن لها على مطلقها شرعاً ما للزوجة على زوجها من بعض الحقوق ومنها النفقة .

وما قلناه فى هذا الخصوص فى نفقة الزوجة يصدق تماماً على نفقة المعتدة (١) .

إن المقرر شرعاً وقانوناً أن نفقة الزوجة والمعتدة على الزوج والمطلق شرعاً لأنها جزاء الإحتباس الحقيقى أو الحكمى وتحتسب من تاريخ الترك لأنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وتقدر حسب حال الزوج والمطلق يسراً وعسراً (المادة ١ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و١٦ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ، وللمطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً النفقة بجميع أنواعها على زوجها ما دامت فى عدتها منه ، لأن الزواج لا يزال قائماً من بعض الوجوه ، ولأن حق إحتباسها فى العدة من أجله ثابت له شرعاً ، وهذا هو وجوب النفقة (٢) .

ونفقة الزوجة والمطلقة دين فى ذمة الزوج لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء(٣) .

وقد يحدث أحياناً أن تكون المطلقة (٤) رجعياً مستحقة لنفقة زوجية

---

(١) دمياط الإبتدائية – دائرة الأحوال المستأنفة – جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ – القضية ١٨ سنة ١٩٧٢ ص – لم ينشر ، وجلسة ١٩٧٣/١١/٢٥ – القضية ٤٣ و٤٦ سنة ١٩٧٢ أحوال س ، وجلسة ١٩٧٣/١/٢٧ – القضية ٧٣ سنة ١٩٧٢ أحوال س – (لم ينشر) ، ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ – القضية ٩٧ سنة ١٩٧٤ س أحوال – ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢– القضية ١١٤ سنة ١٩٧٤ س أحوال .

(٢) الأحوال الشخصية – قسم الزواج – للشيخ محمد أبو زهرة ، طبعة ١ – ص٢٢٩ وما بعدها ، والشريعة الإسلامية ، للشيخ عبد الرحمن تاج ، طبعة ١ ص٢١٢ وما بعدها ، وأحكام الأحوال الشخصية – للدكتور محمد يوسف موسى – طبعة ١٩٥٦ ، ص٢٢٩ ، وما بعدها والأحوال الشخصية – للشيخ محمد زكريا البرديسى – طبعة ١٩٦٥ – ص٥٣١ وما بعدها ، ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٣/١/٢٧ القضية ٨٨ سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنف – لم ينشر .

(٣) دمنهور الشرعية –جلسة ١٩٥٠/٦/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٧و ٨ – ص ٤٠٣ .

(٤) إذا طلق الرجل زوجته على الإبراء من نفقة عدتها وعلى تحمل نفقة بناتها الصغيرات وكانت ذات يسر ، فلا يحق لها بعد ذلك أن تطالب والدهن بنفقتهن (اللبان الجزئية – جلسة ١٩٥٢/١١/١٣ – القضية ١٩٥٧/٩/٢ أحوال نفس) .

سابقة على إستحقاقها لنفقة العدة ، وتقيم الدعوى بطلب فرض نفقة زوجية بأنواعها ونفقة عدة – وعندئذ فيتعين على القاضى أن يقضى بفرض نفقة بالأنواع التى طلبتها المعتدة ، وتكون هذه نفقة زوجية عن المدة التى تثبتها المطلقة رجعياً بإحدى وسائل الإثبات الثلاثة – وهى : إقرار الزوج ومصادقته على الدعوى ، أو التحرى بمعرفة قلم الكتاب بالطريق الإدارى ، أو شهادة الإستكشاف ، وسوف نعود إلى بحثها فى الكتاب الثانى من هذا المؤلف (نظرية الإثبات) - إلى تاريخ إشهاد الطلاق ، على أن يستمر المفروض نفقة عدة إلى حين إنقضائها منه شرعاً (١) .

أحكام الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية فى المطالبة بنفقة الزوجة :

١٢٧ – ظاهر من نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن الحكم الصادر بنفقة الزوجة يكون نهائيًا (غير قابل للإستئناف) فى الحالات التالية:

١ – إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على عشرة آلاف جنيهًا شهرياً . أى أنه إذا طلبت الزوجة الحكم لها شهرياً على زوجها بفرض مبلغ لطعامها لبدل كسوتها ولأجر مسكنها ولأجر خادمها ، على الأكثر مثلاً ، كان الحكم الذى يصدر فى هذه الطلبات قابلاً للإستئناف لأن مجموع ما طلب هنا يزيد على ألفان جنيهاً . أما إذا إقتصرت الزوجة على طلبات بأنواع مجموعها ألف خمسمائة فى الشهر ، فإن الحكم الصادر فى تلك الطلبات يكون عندئذ نهائياً وغير قابل للإستئناف .

٢ – إذا لم يزد ما يحكم به فى كل نوع على خمسمائة شهرياً بحد

---

(١) وقد نصت المادة ١٧٤ من كتاب (الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية) للمرحوم محمد قدرى باشا على أنه « تفرض النفقة أصنافًا أو تقوم الأصناف بدراهم على حسب إختلاف أسعار المأكولات فى البلدة غلاء ورخصًا رعاية للجانبين، فإذا غلا السعر تزداد النفقة المقدرة للمرأة ، وإذا رخص تنقص عن الزوج ولو بعد القضاء بها ».

أقصى مقداره ألفان جنيهًا فى الشهر ، وذلك فى حالة ما إذا كانت طلبات المدعية غير معينة المقدار ، كأن ذكرت نفقة طعام وكسوة وبدل فرش وغطاء وأجر مسكن وخادم مثلاً ، فقضت لها المحكمة على زوجها بمبلغ ألفان جنيهاً فى الشهر فى جميع الأنواع .

وعلى ذلك يمكن القول بأن مناط نهائية الحكم الصادر فى نفقة الزوجة هو بأن لا يتجاوز مجموع ما يقضى به فى كل شهر ألفان جنيهًا ، سواء أكان ما قضى به أو ما طلب من كل نوع من أنواع النفقة الداخلة فى عناصرها فى كل نوع أم كان ما قضى به - عند عدم تعيين مقدار الطالب به منها مثل ذلك ، وذلك كله وفى الحالتين بحد أقصى مقداره ألفان جنيهاً شهرياً .

ونفقة المطلقة فى ذلك كنفقة الزوجة من كل الوجوه (١) .

ثانيًا - نفقة الصغير :

١٢٨ - يستفاد من نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن نفقة الصغير تشمل :

الطعام - وبدل الكسوة - وأجر المسكن - وأجرة الخادم (٢) .

وهى نفس العناصر المنصوص عليها بالنسبة لنفقة الزوجة .

وزادت المذكرة الإيضاحية اللائحة الشرعية على تلك العناصر :

أجرة الحضانة - وأجرة الرضاعة :

وبناء على ذلك تتحدد عناصر نفقة الصغير بما يلى :

---

(١) وجاء بالمادة ١/٣٢٤ من كتاب قدرى باشا أن « كل فرقة طلاقًا أو فسخًا من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة سواء كانت بمعصية أو لا ، فتجب عليه النفقة مدة العدة وإن طالت .. » .

(٢) بلقاس - جلسة ١٩٧١/٢/١٧ - القضية ١٩٩ سنة ١٩٧٠ ، ٢١٠ ، ٢١٨ ، ٢٢٧ ، ٢٣٢ ، ٢٤٦ سنة ١٩٧٠ أحوال ، وجلسة ١٩٧١/٣/١٠ - القضية ٥ سنة ١٩٧١ و١٠ سنة ١٩٧١ - جلسة ١٩٧١/٣/٢٤ ، وجلسة ١٩٧١/٣/٣١ القضية ٧ و ٥٠ سنة ١٩٧١ وجلسة ١٩٧١/٤/١٤ - ٣ سنة ١٩٧١ ، وجلسة ١٩٧١/١٠/٣١ - ٣ سنة ١٩٧١ ، وجلسة ١٩٧١/١٠/٣١ - القضايا ٢٢١ و ٢٢٠ و ٢٢٣ سنة ١٩٧١» .

الطعام – وبدل الكسوة – وأجرة المسكن – وأجرة الخادم – وأجرة الحضانة – وأجرة الرضاعة (١) .

وما قلناه فى نفقة الزوجة عن عناصر : الطعام ، وبدل الكسوة ، وأجرة المسكن ، وأجرة الخادم ينسحب على تلك العناصر فى نفقة الصغير، تجنباً للتكرار .

ونفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط بمضى المدة ، مستدانة كانت أو غير مستدانة (٢) .

ويبقى بعد ذلك من عناصر نفقة الصغير : أجرة الحضانة وأجرة الرضاعة (٣) مما تنفرد به نفقة الصغير من السمات المميزة . وما يوضح ذاتيتها الخاصة .

---

(١) راجع فى (الإرضاع والحضانة) : ولاية التربية والتعليم والحفظ – للدكتور أحمد فراج حسن – مذكرات لدبلوم الشريعة الإسلامية بجامعة الأسكندرية – ١٩٧٣ – ١٩٧٤– ص٤ وما بعدها .

(٢) إمبابة الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٦/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ١٧ – العدد ٨و٩و ١٠ ص٥٩ .

(٣) وقد قضى بأن كل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه شرعاً المأكل ، والملبس ، والمسكن ، والرضاع إذا كان المطلوب له النفقة رضيعاً ، لأن وجوبها للكفاية ، والكفاية تتعلق بهذه الأشياء ولو كان له خادم يحتاج إلى خدمة تفرض له أيضاً لأن ذلك من جملة الكفايج (جرجا الشرعية – جلسة ١٩٢٨/٢/٩ – المحاماة الشرعية – السنة الأولى – العدد ٢ – ٩٧) ، كما قضى بأن البنوة من الأسباب الموجبة للنفقة، ومنها يعدل الفرش والغطاء لأنهما لازمان لحفظ حياة الإبن من رطوبة الأرض وبرودة الجو عند اللزوم (الجمالية الشرعية – جلسة ١٩٢٩/٥/١٢ – المرجع السابق – السنة الأولى – العدد ٤ – ص٣٢٠) ، ويقضى للخادم بأجرة نظير خدمته، إذ قد جرى العرف الشائع على أن الخدم يأكلون ويشربون من مخدوميهم فوق أجرتهم (طنطا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١٠/١٨ المحاماة الشرعية – ٢ العدد ١٠– ص٩٤٦) ، ويلقاس جلسة ١٩٧١/٤/١٤ القضية ٣٦ سنة ١٩٧٠ ، وجلسة ١٩٧١/٤/٢٨ – القضايا ٥٨ و ٦٨ و ٦٩ سنة ١٩٨١ وجلسة ١٩٧١/٥/١٩ – القضايا ٤٠ و ٤١ و ٧٣ سنة ٨١ ، جلسة ١٩٧١/٦/١٦ – القضايا ٥٩ و ٦٥ و ٨٤ و ١٦ سنة ١٩٧١ ، وجلسة ١٠/٣١/ ١٩٧١ – القضايا ١٣١ و ١٧٠ و ٢٣٦ سنة ١٩٧١ .

وما يعجله الأب من نفقة الصغير إلى حاضنته ، يعتبر أمانة فى يدها تنفقها عليه فى الزمن الذى عجلت عنه . فإذا خرج الولد من يدها قبل مضى الزمن المذكور ، كان من حق الأب إسترداد ما بقى من المعجل ما لم تدع الحاضنة هلاكه بخلاف المعجل من نفقة الزوجة ، فإنه لا يرد ولو وجد ما يسقطه قبل مضى زمنه (١) .

(١) ذاتية نفقة الصغير :

١٢٩- تقضى الأصول الشرعية الخالدة على الزمان بوجوب نفقة الصغير على أبيه من تاريخ ولادته حتى تاريخ بلوغه ، ويستمر فرضها إذا بلغ الولد مجنوناً ، أو مريضاً بمرض مزمن أو عمى ، غير قادر على الكسب ، أو كان طالب علم لا يتفرغ للكسب ، فيجب النفقة على الأب فى كل تلك الأحوال بجميع أنواعها من طعام وكسوة وسكنى ومصاريف دراسية (كثمن الكتب والمصاريف) وبدل الفرش والغطاء ، وأجور الحضانة والإرضاع والخادم والطبيب وثمن الدواء وزكاة الفطر ، على حسب سنه ، لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، وقوله سبحانه وتعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن بالمعروف » ، فلما كان الإرضاع واجبًا ، كان الإنفاق عليهم أوجب منه ، ولما روى البخارى ومسلم وغيرهما عن عائشة رضى الله عنها أن هند بنت عقبة زوجة أبى سفيان قالت : يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال ص : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

فإذا كان للصغير مال ، فجميع ما يحتاجه فى ماله – على ما سيأتى :

فإذا لم يكن له مال فإن النفقة تجب له حتى يبلغ حد الكسب ويقدر عليه، وتبلغ الأنثى وتتزوج إلى حين إلتحاقها بزوج يتحمل ما وجب لها فى الحياة من مؤن .

وكل ذلك مشروط بيسار الأب ، فإن كان فقيراً فيلزم قدرته على

---

(١) جرجا الشرعية – جلسة ١٩٤٣/٧/١٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٨ – العدد ١ و ٢ و ٣ – ص٥٢ .

الكسب ، فإذا عجز عن الكسب الحق بالميت وسقط وجوب النفقة عليه وإنتقل وجوبها إلى غيره ، وأمر من بعده بأدائها صيانة للولد ، يرجع بها على الأب إذا أيسر ، والأب فى هذه الحالة أولى بالإنفاق على إبنها من سائر الأقارب إذا كانت موسرة ، فإن لم تكن موسرة أمر الجد لأب بالأداء ليرجع بها على ابنه بعد يساره . وكذا غيره .

وإذا كان الأب فقيراً عاجزاً عن الكسب ، فإنه يلتحق بالميت ، وبالأولى كان ميتًا بالفعل ، ويسقط عنه وجوب نفقة الصغير ، وينتقل إلى أقارب الصغير .

والأقارب فى وجوبها ، إما أن يكونوا أصولاً (أجداداً وجدات) أو حواشى وهم ليسوا بأصول وفروع (أى أخوة وأخوات وأعمام وأخوال وخالات) . وقد يجتمع خليط من هؤلاء وهؤلاء .

والضابط المميز فى وجوب نفقة الصغير على قريبه ، أن يجتمع فيه الرحم والمحرمية . بحيث إذا فرضت من تجب له النفقة ذكراً ومن تجب عليه النفقة أنثى (أو العكس) ، لامتنع زواج أحدهما بالآخر .

وبناء على تلك القاعدة فلا تجب النفقة على إبن العم وإبن الخال لأنه رحم غير محرم .

كما يشترط فى وجوب النفقة على القريب أن يكون موسراً (أى يملك نصابًا فاضلاً عن حاجياته الأصلية) ، أو كسوبًا (أى يفضل شىء بعد موافقته ونفقة عياله) . والمعتبر فى اليسار هو بقيمة الملك لا بمقدار الربع.

فإذا كان المسئول بنفقة الصغير من الأقارب أصولها وارثين ، فالنفقة عليهم بقدر إستحقاقهم فى الإرث ، لظاهر قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » وعلى ذلك فلو كان للصغير أم وجد لأب ، فالنفقة عليهما أثلاثاً الثلث على الأم والثلثان على الجد لأب لأنهما يرثان فى الصغير كذلك . أما إذا كانوا أصولاً بعضهم يرث والآخر لا يرث ، فإن كانوا متساوين فى القرب والجزئية ، فالنفقة على الوارث (كالجد لأب والجد لأم ، فالأول يرث دون الثانى) وإن كانوا متفاوتين فى القرب والجزئية فلا عبرة بالميراث بل بالقرب والجزئية (كالأم والجد لأم) .

وتجب النفقة للبنت الصغيرة الفقيرة على عمها الشقيق الموسر مع وجود أخيها الشقيق المعسر وذلك طبقًا لما تدل عليه القواعد العامة والنصوص الصريحة ، فقد نصت النصوص الشرعية الصحيحة على أنه إذا إجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر . وكان المعسر يحرز كل الميراث ، فإنه يجعل كالمعدوم ، ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة ، فتجعل النفقة عليهم على قدر مواريثهم (١) .

أما إذا كان المسئولون بنفقة الصغير من الحواشى ، فإما أن يكونوا وارثين أو لا ، فالنفقة على الوارثين بقدر مواريثهم ، فإذا كانت للصغير اخت شقيقة واخت لأب واخت لأم وعم كانت النفقة عليهم أسداسًا : ثلاثة أسداسها على الأخت الشقيقة وسدس على الأخت لأب وسدس على الأخت لأم وسدس على العم ، كميراثهم فيه . وإن كان بعضهم وارثًا والبعض غير وارث ، كان المناط فى الوجوب هو الإرث وحده (خال وعم) فالخال لا يرث والعم يرث .

وإذا إجتمع أصول وحواشى فى وجوبها ، وكانوا وارثين كانت بقدر الميراث ، وإن كان البعض يرث دون غيره فالنفقة على الأصل .

١٣٠- تتميز نفقة الصغير أو الصغيرة بأنها تستمر حتى يبلغ الصغير حد الكسب والقدرة عليه . وحتى تتزوج الأنثى (٢) .

---

(١) المنيا الشرعية – جلسة ١٩٤٦/٧/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ١و٢ و ٣ – ص٩٦ وتنقيح الحامدية – جزء ١ ص٦٦ .

(٢) إذا فرض الأب على نفسه نفقة لطفلة بورقة عرفية فطلبت الحاضنة امره اداء هذا المفروض ، ومانع الأب فى أمره به لأنه لا يطيقه أو بأنه فوق الكفاية بما لا يدخل تحت التقدير بحث القاضى حالته ، فإن كان المفروض أزيد من نفقة الكفاية زيادة غير يسيرة امره بأداء ما يكفى ورفض الزيادة ، ولها أيضًا ان تطلب زيادته ويجيبها القاضى إلى ما يكفى إن كان المفروض أنقص من نفقة الكفاية نقصاً غير يسير ، كما أن من المقرر أن المفروض للصغير بالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى لا يسقط بمضى المدة وإن لم يكن مستدانًا بأمر القاضى على المفتى والمعمول به (ديروط الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٦/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٩٠ – العدد ٧ و ٨ – ص٣٢٣) .

كما انهـا تستمر إذا بلغ الولد زمنًا ومصاباً بعاهة تعجزه عن الكسب ، أو لم تتزوج الصغيرة ولم تستطع أن تزاول عملاً تتكسب منه .

والزمانة عاهة تمنع من العمل كالشلل وقطع اليدين أو الرجلين .

كما أن من سمات نفقة الصغار أن يكونوا فقراء حتى يستحقونها على أبيهم ، لأن الأصل فيها أن نفقة الصغير فى ماله (١) .

ولا يشارك الأب فى نفقة صغاره أحد ، ما لم يكن معسراً أو زمناً (أو مريضًا بمرض مزمن) أو عاجزاً عن الكسب . فإذا كان الأب كذلك ألحق بالميت ، وسقطت عنه النفقة ، وإنتقل حق وجوبها إلى من تجب عليه نفقة الصغير فى حالة عدم وجود الأب (٢) .

---

(١) مرسى مطروح الجزئية - جلسة ١٩٦٧/٥/٣١ - القضية ٣ سنة ١٩٦٧ أحوال نفس ، ومرسى مطروح الجزئية - جلسة ١٩٦٧/١٢/١٤ - القضية ٩١ سنة ١٩٦٧ أحوال نفس ، ومرسى مطروح الجزئية - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٤ - القضية ٣٢ سنة ١٩٦٧ أحوال نفس ، وبلقاس الجزئية - ١٩٦٨/١١/٢٠ - القضية ١٨٧ سنة ١٩٦٨ أحوال نفس ، وبلقاس الجزئية - جلسة ١٩٦٨/١/١٧ - القضية ٢٤٨ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس ، وبلقاس الجزئية - جلسة ١٩٦٩/٢/٥ - القضية ١٧٨ سنة ١٩٦٨ أحوال نفس ، وكوم أمبو الجزئية - جلسة ١٩٦٤/١١/١٣ - القضية ٣٣٠ سنة ١٩٦٤ أحوال نفس ، ودمياط الكلية - جلسة ١٩٧٣/١٢/٨ - القضية ١٥٧ سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنف ، والقضية ١٩ سنة ١٩٧٧ أحوال مستأنف ، وإدفو الجزئية - جلسة ١٩٦٢/١/١ - القضية ٦٦٩ سنة ١٩٦١ أحوال نفس ، وإدفو الجزئية جلسة ٣٠-١١-١٩٦١ - القضية ٢٢٦ سنة ١٩٦١ أحوال نفس .

(٢) وقضى بأن نفقة الطفل الصغير على أبيه الموسر لا يشاركه فيها أحد . أما الأب المعسر فإن كان زمنًا أى عاجزاً عن الكسب بما يرجى زواله كشيخوخة وعمى وإقعاد ، فهو كالميت ينتقل وجوب النفقة كالعادة لغيره من الأقارب ، وإن كان غير زمن لكن لا يجد عملاً أو وجد عملاً لا يفى أجره بنفقته ففى نفقة أولاده روايتان أحداهما إنتقال الوجوب إلى غيره كما لو كان زمناً ، والأخرى أن يظل الوجوب على الأب ، فتفرض عليه النفقة لكن يؤمر من يليه من الأقارب الموسرين بالأداء ليرجع بها على الأب إذا أيسر (شبين الكوم الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١٢/٨ - المجموعة الرسمية (٨-١٦) - وقضى بأن المحكوم عليه بالسجن المؤبد يعتبر عاجزاً عن الكسب بما لا يرجى زواله أو أمكن إحتماله فتجب نفقة أولاده الصغار على من يليه وهو جده لأبيه (قويسنا الشرعية جلسة=

=١١/١٢/١٩٤٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٢ و٤ – ص٢٠٠ ، وقضى بأن الجد ينزل منزلة الأب فى وجوب النفقة عليه وجده حال حجبه غيره فى العصبات كحجبه أخاً عصبياً أو عماً كذلك ففى أم وجد لأب وأخ عصبى أو عم كذلك تكون النفقة على الجد وحده طبقاً للمنصوص عليه فى مذهب أبى حنيفة ، فإذا لم يتحقق حجبه غيره كجد لأب مع أم ولا يوجد غيرهما للمطلوب له النفقة تكون النفقة عليهما أثلاثاً كالإرث على الأم الثلث والجد الثلثان (بنى سويف الكلية الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٧ و ٨ – ص٣٧١) كما قضى أيضاً بأن الفقير على قريبه الموسر فيما عدا نفقة الزوجة فعلى زوجها والصغير على أبيه ولو فقيراً لا يشارك كلاً منهما أحد فيها ، فتفرض نفقة الزوجة على زوجها الفقير ، ونفقة الصغير على أبيه ، ثم يؤمر من تجب عليه لولاه بالأداء ليرجع عليه بها إذا أيسر ، إلا إذا كان الفقر لزمانة فيكون حكمه كالميت وتسقط عنه النفقة وتفرض على من يليه إبتداء (الزقازيق الجزئية الشرعية – جلسة ١٨/٩/١٩٥٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٧ و٨ ص٤٩٦) وقضى أيضاً بأنه إذا إجتمع الجد والأب مع الأم الموسرة بدون أخ فالنفقة عليهما أثلاثاً . أما إذا كان مع الجد أخ فإن النفقة تكون على الجد وحده لتنزيله منزلة الأب فى حجب الأخ عملاً بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالميراث (تلا الشرعية – جلسة ٣٠/٩/١٩٥٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ٤ و ٥ و ٦ ص٢٦٥) ، وتجب النفقة للبنت الصغيرة على عمها الشقيق الموسر مع وجود أخيها الشقيق المعسر (المنيا الجزئية الشرعية – جلسة ٢/٧/١٩٤٦ – المحاماة الشرعية السنة ٢٤ – العدد ١ و ٢ و ٣– ص٩٩) ومن شروط وجوب نفقة الإبن الكبير على أبيه أن يكون الإبن طالب النفقة عاجزاً عن الكسب ، فإذا إستبان للمحكمة من معاينة الإبن الكبير طالب النفقة ومن مناقشته أنه سليم الجسم والحواس وليس به عاهة تمنعه من الكسب تعين رد دعواه عليه ورفضها كما تقضى بذلك نصوص فقهاء الحنيفة ، وما ذهب إليه فقهاء الحنفية من ذلك هو الذى يتفق وروح الشريعة الإسلامية التى تدعو إلى الجد فى العمل إطراح أسباب التواكل (أسيوط الجزئية الشرعية – جلسة ٢٥/٤/١٩٤٨ – المجموعة الرسمية – ٤٨-١-٢) .

وقد قضى بأنه لما كان المقرر شرعاً أن نفقة الصغير على أبيه لا يشاركه فيه أحد ، ومن ثم وقد إسترد والد الصغير (المدعى عليه الثانى) حريته بعد السجن ، ومن ثم فقد أصبح قادراً على الكسب، وانه لذلك على ما هو مستفاد من الصورة الفوتوغرافية المقدمة والدالة على إنشاء محل تجارة كبير مملوك للمدعى عليه الثانى والد الصغير الذى أقر بالجلسة بملكيته لذلك المحل ومن ثم كان وحده الملتزم بنفقة صغيرة ، ويكون تعرض المدعى عليها الأولى للمدعى بالنفقة المقضى بها حال سجن والد الصغير فى غير محله وغير مستند إلى أساس شرعى ويتعين لذلك أمرها بكف يدها عن مطالبته بالمقرر بالحكم رقم ١٥ سنة ١٩٦٨ =

وإذا لم يف كسب الأب حاجته وحاجة ولده ، أو لم يتيسر له الكسب بأن كان عاطلاً أو أن السلعة التى يتجر فيها قد كسدت أو مهنته أو حرفتها لم يعد الناس بحاجة إليها ، فإنه فى هذه الحالة يؤمر القريب بالإنفاق على الصغير نيابة عن أبيه . بحيث يرجع عليه بما أنفقه عند اليسار ، أى يكون ما أنفق ديناً على الأب المعسر (١) .

إذا إجتمع من أقارب الصغير الفقير المطلوب له النفقة أم معسرة وأخوة أشقاء لأم موسرة ، كانت نفقة الصغير على الأخوين دون الجد (٢).

وتفرض نفقة الصغير الفقير من يوم الحكم بها . لأنها تقوم على الحاجة ، والحاجة تكون قد إندفعت قبل الحكم بالنفقة .

ولما كانت نفقة الصغير نفقة حاجة وكفاية ، فإنها تزداد كلما زادت

= احوال نفس كفر الشيخ بنفقة الصغير (محمد) من المدعى عليه الثانى إعتباراًمن تاريخ الإفراج عن المدعى عليه الثانى الحاصل فى ١٠/٣/١٩٧٠ (بلقاس - جلسة ٢٤/١٢/١٩٧١ - القضية ١٤٧ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس) ، وأن الفرض لنفقة الصغير لا يسقط بالإسقاط ، ولو كان فى شكل صلح مع أمه أو مراجعة حيلية (بلقاس - جلسة ١٣/٩/١٩٧١ - القضية ٤١ سنة ١٩٧١ حبس أحوال نفس) .

(١) وقضى بأن الفارق بين نفقة الزوجة ونفقة الصغير أن نفقة الزوجة دين لها وهى دين نفقة فهى صلة من وجه ، أما نفقة الصغير فليست ديناً له وإنما هى دين شبيه بالقرض ، حيث أن المتعارف عليه والمسلم به أن الحاضنة التى صدر لها الحكم على الأب أو القريب بنفقة الصغير وحضانته من غير إذن بالإستدانة لها أن تنفذ على المحكوم عليه عن مدة ماضية كبرت المدة أو صغرت ولم يقل أحد بسقوط ما فرض للصغير لإندفاع حاجته ، ومن ثم يكون ما تجمد للصغير حكمه حكم القرض فلا يسقط بوفاته ، إذ لا يكون لوفاة الصغير أثر فى إسقاط حق ثابت للغير وهو دين نفقة ، وعلى هذا جرى العمل القضائى من زمن بعيد ، وهو أرفق بالنساء وفيه مصلحة الصغير فى أن يجد حاضنته تقوم بخدمته ورعايته وهى مطمئنة على أن ما تنفقه بحكم القاضى ثابت لها لا يضيع عليها (قنا الجزئية الشرعية - جلسة ١٦/١٠/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٩ و ١٠ ص٦٢٨ وما بعدها) .

(٢) القاهرة الإبتدائية الشرعية - جلسة ٢٧/١٠/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢و ٣ -ص٨٣ .

حاجة الصغير ، لكبر السن (١) . وإرتفاع التكاليف (٢) .

والمعتبر فى فرض نفقة الصغير حاجة وكفاية مثله ، وفى نفقة الزوجة طاعة الزوج ، كما أن الصلح عن نفقة كفاية المثل أو أزيد أو أنقص منها بيسير يدخل تحت التقدير ، وتختلف نفقة الكفاية لمثل الصغير بإختلاف الطبقات ، فما يناسب إبن الغنى غير ما يناسب إبن الأحسن أو الأقل منه حالاً.

وإذا فرض الأب على نفسه نفقة لطفله بورقة عرفية ، فطلبت الحاضنة أمره بأداء هذا المفروض ، ومانع الأب فى أمره به لأنه لا يطيقه أو لأنه فوق الكفاية بما لا يدخل تحت التقدير ، بحث القاضى حالته ، فإن كان المفروض أزيد من نفقة الكفاية زيادة غير يسيرة ، أمره بأداء ما يكفى ورفض الزيادة، ولها أن تطلب زيادته ويجيبها القاضى إلى ما يكفى إن كان المفروض أنقص من نفقة الكفاية نقصاً غير يسير .

إن المفروض للصغير بالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى لا يسقط بمضى المدة وإن لم يكن مستداناً بأمر القاضى على المفتى والمعمول به(٣) .

ولا يسقط المستحق منها بوفاة الصغير .

لا يسقط المتجمد من نفقة الصغير بوفاته ذلك أن الفقهاء نصوا على أنه لو قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة ، فمضت مدة شهر أو أكثر سقطت إلا أن يستدين بأمر القاضى وينفق منها ، فإنها لا تسقط ، وهذا حكم نفقات الأقارب لا فرق بين صغير وكبير ، وعليه لا

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٦/٢٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – العدد ٢ – ص١٣٦ .

(٢) وقد قضى بأن نفقة الصغير نفقة حاجة وبقدر الكفاية ، تزداد بزيادتها ، وكبر سن الأولاد مقتضى الحاجة الموجبة للزيادة ، ومن ثم يكون طلبها بعد إنقضاء أكثر من عام على فرضها فى محله (بلقاس الجزئية – جلسة ١٩٧٢/١٠/٣١ – القضية ١٣٩ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس – جزئى) .

(٣) ديروط الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٦/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٧ و٨ – ص٣٢٣ .

يسقط ما تجمد لنفقة الصغير بعد فرضها بموته ولا بموت من فرضت عليه . أما نفقة الزوجة المقضى بها ، فقد نص الفقهاء على أنها تسقط إن لم تكن مأذونة بإستدانتها لأنها صلة من وجه فتبطل بالموت كالهبة فتبطل بالموت قبل القبض وقد جرى العمل القضائى على ذلك منذ زمن بعيد ، وهو أرفق بالنساء ، وفيه مصلحة الصغير فى أن يجد حاضنته تقوم بخدمته ورعايته وهى مطمئنة على أن ما تنفقه عليه بحكم القاضى ثابت لها لا يضيع عليها (١) .

وإذا مات الأب قبل أن تقبض أم الصغير نفقة مدة مضت له ، فيكون للأم الرجوع بها فى تركته إن كانت مستدانة بأمر القاضى ، وأما إذا كانت غير مستدانة سقطت النفقة بعدم الإنفاق .

(٢) أسباب وجوبها :

١٣١- أسباب وجوب نفقة الصغار على أبيهم - متى كانول فقراء - من الولادة ، لأنها تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ، ويجب على الإنسان إحياء نفسه وجزمه .

كما أن الولد للفراش . والأصل الفقر ، والصغر ، واليد تثبتان بمشاهدة القاضى للصغير فى يد أمه حاضنته ، وولاية الإنفاق تعتمد اليد ، وما دام والد الصغير يعمل فهو ليس فقيراً ولا مريضًا وتجب عليه نفقته(٢) .

ونفقة الصغار الفقراء بقدر الكفاية .

والراجح فى المذهب الحنفى أن نفقة الصغير تلحق بنفقة الزوجة ، لا تحتاج الإذن بالإستدانة ، خلافاً لنفقة سائر المحارم فإنها تسقط بمضى شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى .

فسبب وجوب نفقة الأولاد - إذن - هو الجزئية المستفادة من كون

---

(١) قنا الشرعية - جلسة ١٦/١٠/١٩٥١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ العدد ٩و١٠ ص٦٧٨ .

(٢) بلقاس - جلسة ٢٧/١١/١٩٦٨ - القضية ١٤٨ سنة ١٩٦٨ أحوال .

الفروع مولودين للأصول ، وذلك لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، ووجه الإستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أوجب على الأب رزق الوالدات (أى نفقتهن) ، وعبر عن الأب بالمولود له للتنبيه إلى أن علة الإيجاب عليه هى الولادة له (١) .

تعين المحكمة المختصة نوعيًا بنفقة الصغير فى ماله :

١٣٢- يشترط - على ما سبق بحثه - لإستحقاق الصغير نفقة على غيره ، أن يكون فقيراً ومحتاجاً ، لأنها نفقة حاجة تجب بوجودها ، وتندفع بإنعدامها ، والتى تختص بها المحاكم الشرعية الجزئية .

فإذا كان للصغير مال تحت يد وصية - أو غيره من الحائزين - فإنه يثور التساؤل لتحديد المحكمة المختصة ، هل هى دائرة الولاية على النفس (المحكمة الشرعية الجزئية) ؟ أم أنها دائرة الولاية على المال (المحكمة الحسبية الجزئية) ؟

والرد على هذا التساؤل .

فقد إنقسم قضاء المحاكم الشرعية إلى نظرين :

فقد ذهب رأى (٢) إلى أن المحاكم الشرعية هى المختصة بنظر دعوى الصغير فى ماله لعدم وجود مانع يمنعها من ذلك ، يؤكد ذلك أن المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ جاءت مؤكدة لهذا الإختصاص بنفقة الصغير بجميع أنواعها ، وهذا الإطلاق يشمل النفقة له فى ماله أو على غيره ، ويؤمر بأدائها من مال الصغير الذى تحت يد المدعى عليه .

بينما ذهب رأى راجح فى المحاكم الشرعية إلى أن منشور الحقانية رقم ٢٣ فى ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٧ قد صدر مقرراً أن المجالس الحسبية هى القائمة بالنظر فى شئون القصر ، فهى أقدر على تعرف أموالهم ، ومقدار ثروتهم ، وما يناسبها من النفقات ، فلهذا رأت الحقانية إختصاص هذه

---

(١) شرح فتح القدير على الهداية - للمرغنيانى - جزء ٣ - ص٣٤٤ .

(٢) السنبلاوين - جلسة ١٩٥٢/١١/١٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - س٣٠٢ ، والجمالية الشرعية - جلسة ١٩٤١/٢/٢٢ - المرجع السابق - العدد ٧ و ٨ و ١٠ - ص١١٣ .

المجالس بتقرير النفقات التى يطلب تقديرها فى مال الصغير الموجود تحت يد وصيه (١) ، وهو إختصاص متعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها .

وعلى ذلك – وقبل نفاذ قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ – قضت محكمة طهطا الشرعية (٢) بأن المحاكم الشرعية لا تختص بنظر

---

(١) وانظر أيضاً : منشور الحقانية رقم ٢٨٠٢ فى ١٩١٧/٨/٣٠ – الدليل المرشد للأستاذ محمد الغريب – ص٨٢ ، وأسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٠/١١/٢٣ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢– العدد ١ و ٢ و ٣ – ص٧٠ .

(٢) وقد جاء بأسباب هذا الحكم ، بما أن المدعية طلبت الفرض فى مال الصغير الذى تحت يد الوصى عليها ، ودفع المدعى عليه الدعوى بعدم الإختصاص النوعى على الوجه الذى شرحه بمذكرته ، وقد أجاب الحاضر معها على ذلك دونه فى مذكرته ، وبما أن القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ قد صدر بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وقد نص فى المادة الرابعة من مواد إصداره فى الفقرة الأخيرة على ما يلى : (وكذلك يلغى ما كان مخالفاً للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون)، وبينت المادة ٩٧٢ منه وما بعدها مسائل الإختصاص ، ونصت هذه المادة على إختصاص المحكمة الجزئية ، وقضت الفقرة الخامسة منها بأن من إختصاصها ، (تقدير نفقة القاصر فى ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية من جانب ، والوصى من جانب آخر فيما يتعلق بالإنفاق على القاصر أو فى تربيته أو العناية به) . وبما أنه بمقتضى هذه الفقرة والفقرة المسطورة قبلها ، يكون تقدير النفقة للقاصر فى ماله من إختصاص المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية (الحسبية) ، ولم يبق للمحكمة الشرعية إختصاص فى ذلك، وصار ذلك الموضوع كغيرة من الموضوعات المدنية والتجارية والجنائية ممنوعًا نظره أمام المحاكم الشرعية وعليها أن تقرر عدم الإختصاص ولو لم يدفع أمامها بذلك . وبما أن ما أطال به الحاضر معها لا طائل تحته ولا غناء فيه ، إذ على فرض شمول المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لموضوع القضية – وهو مالا تسلم به المحكمة– على فرض ذلك، فقد قصر هذا الشمول بمقتضى نصوص القانون المشار اليها . وبما أنه لما أوردناه من نصوص قانونية قاطعة لا لما أشار إليه الحاضر مع المدعى عليه فى مذكرته يتعين القضاء بقبول الدفع بعدم إختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى؛ (طهطا الشرعية – جلسة ١٩٥٥/٣/١٩ – القضية ١٧٨ سنة ١٩٥٥ جزئى – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ – ص٤٦٠ و ٤٦١، وقد إنقضى ميعاد الإستئناف ولم يستأنف فصار نهائياً) –

دعوى فرض النفقة للصغيرة فى مالها الذى تحت يد الوصى عليها طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ .

فقد أضاف القانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١(١) إلى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ كتاباً رابعاً (فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية) وأن نصوصه قد إستهدفت لبعض التعديلات بالقوانين أرقام ١١٩ لسنة ١٩٥٢ و ٢٧٦ لسنة ١٩٥٤ و ٥٧ لسنة ١٩٥٩ و ١٠٠ لسنة ١٩٥٢ ، وقد أبقى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أحكام هذا الكتاب الرابع ، عدا الفصل الأول من الكتاب الأول منه (م١ من إصداره).

وتختلف الإجراءات الخاصة بالولاية على المال عن الإجراءات الأخرى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية عموماً بقدر ما تختلف طبيعة كل منها عن الأخرى وهو إختلاف يتناول طرق رفع الطلب إلى المحكمة وإختصاصها بنظره ومدى سلطتها فى الفصل فيه وطبيعة هذا الفصل وطريق الطعن فيه ومواعيد وطرق التنفيذ والتحفظ والإجراءات الواجب إتباعها للإحتجاج بالقرارات فى حق الغير ، ذلك أن حماية أموال القاصر والغائب ومن يقوم به سبب من أسباب زوال الأهلية هو أمر يهم المجتمع كفالته والإشراف عليه مما يجب أن يكون له أثره فى الإجراءات الخاصة بهذه الحماية .

والذى نراه أنه بعد توحيد جهات القضاء بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يظهر أن الإختصاص بنفقة الصغير فى ماله يمر بمرحلتين .

المرحلة الأولى – هى مرحلة تقدير نفقة الصغير فى ماله طبقاً لحالة هذا المال والحائز له وإمكان التنفيذ على غلته ، وهذه المرحلة تختص بها الولاية على المال طبقاً لمواد قانون المرافعات وقانون الولاية على المال .

=وقضى بأن المقرر شرعاً بأن نفقة الصغير تكون فى ماله الحاضر ، والمراد بهذا المال ما تكون ملكيته ليست محل نزاع بأن يكون تحت يد أمين عنه ، حتى يمكن تقدير النفقة عليه ، أما المال المغصوب فملكيته له محل نزاع يصح الا يثبت ، وفرض النفقة فيه إقرار لليد المبطلة التى يجب إزالتها أولاً بنزع مال الصغير من يد غاصبه (الجمالية الشرعية– جلسة ١٩٣٦/١٢/٣١ – المحاماة الشرعية – السنة ٩ – ص٦٣٧ .

(١) نشر بالوقائع المصرية – فى ١٩٥١/٨/٢٣ – العدد ٧٣ .

والمرحلة الثانية – هى مرحلة الأمر بأداء هذه النفقة التى قدرتها جهة الولاية على المال – وهى جهة الولاية على النفس (الشرعية) ، بحيث يلجأ صاحب اليد على الصغير إلى تلك الجهة لتقضى له بحكم على من بيده مال الصغير بأمره بأداء تلك النفقة ، بحيث لا يقبل عندئذ من المدعى عليه المجادلة فى الفرض ولا فى التقدير ، وهذا القضاء وحده هو الذى يعد سنداً يمكن التنفيذ بمقتضاه بمختلف وجوه التنفيذ ومنها طلب حبسه خاصة إذا ما كان ما تصدره جهة الولاية على المال لا يعدو قراراً لا يرقى إلى مرتبة الحكم ، وليست له بحسب طبيعته هذه قوة السند التنفيذى (١) .

ولقد نصت المادة ٩٧٢ من قانون المرافعات الملغى (والسارية المفعول) بأن محكمة المواد الجزئية للولاية على المال (الحسبية) تختص بتقدير نفقة القاصر فى ماله ، ويكون قرارها – وفقاً للمادة ٩٧٤ منه – فى مسائل النفقة إنتهائياً إذا كان المبلغ المطلوب أو المقدر من المحكمة فى حالة عدم تقديره من الطلب لا يزيد على ستين جنيهاً سنوياً .

فى الأصول الشرعية لا يعتبر الزوج موسراً بيسار أبيه :

١٣٣– دعوى نفقة زوجية وصغير ...

وبالجلسة قرر وكيلها أن المدعى عليه يعيش مع والده الذى يملك مقهى ومنزلين ، وأنكر المدعى عليه ذلك مقرراً أن موكله لا يملك سوى مرتبه ، وإنه إستبقى بالجيش ، ويعيش وحده ...

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٦ حكمت المحكمة حضورياً بالنفقة للمدعية على المدعى عليه من ١٩٧٣/٨/١ وللولد من يوم الحكم وإلزامه بالمصاريف(٢) .

---

(١) قارب ، السيدة زينب الشرعية جلسة – ١٩٤١/١٠/١٧ – المحاماة الشرعية – السنة ١٣ – العدد ٤ و ٥ و ٦ – ص٦٥ ، ومصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٥/١/٣١ – المحاماة الشرعية – ٢٥٥ – ص٩٤١ .

(٢) الدلنجات – جلسة ١٩٧٤/١١/١٦ – القضية ٦١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ، والقضايا ٧٧ سنة ١٩٧٤ و ١٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال الدلنجات و ٣٤٩ سنة ١٩٧٤ أحوال كوم حمادة .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الزوجة إنما تقدر حسب حال زوجها يسراً وعسراً ، وكان الزوج لا يعتبر موسراً بيسار أبيه إعمالاً لأرجح الأقوال فى الفقه الحنفى – لما كان ذلك فإن الحكم إذا إعتد فى يسار الزوج المدعى عليه بيسار أبيه وفرض النفقة بهذا الأساس ، فإنه يكون قد أقام قضاءه فى مقدار النفقة على أساس قانونى خاطىء .

أثر العرف على إستحقاق الزوجة المقيمة ببيت أبيها نفقة زوجية :

١٣٤ – دعوى نفقة زوجية ...

أقامتها المدعية طلباً للحكم على زوجها المدعى عليه بنفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل الفرش والغطاء من ١٩٧٢/١١/١٠ وأمره بالأداء إليها وإلزامه بالمصاريف والأتعاب ...

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢٩ حكمت المحكمة غيابيًا للمدعية على زوجها المدعى عليه بأن يؤدى إليها شهريًا من ١٩٧٢/٢/١١ مبلغ ٢٥٠ قرشًا نفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل فرشها وغطائها ، وأمرته بأداء ذلك إليها وألزمته بالمصاريف (١) ...

ويؤخذ على هذا الحكم مخالفته للقانون بقضائه فى الدعوى دون دليل، ذلك أنه إتخذ العرف دليلاً لإثبات إستحقاق المدعية للنفقة على زوجها المدعى عليه ، حالة أن العرف ليس من الأدلة التى يقضى بها ، وإنما هو من مصادر الأحكام ، والأمر فى هذه الدعوى مرجعه قول الزوج لأن الظاهر شاهد له ، بإعتبار أن الأصل براءة الذمة ، والبينة على الزوجة لأنها تدعى خلاف الظاهر (المبسوط – للسرخسى – جزء ٦–ص١٨٥ ، وجزء١٢–ص٤٥ ، وجزء ١٣– ص١٤، والبحر الرائق – لإبن نجم ، وشرح كنز الدقائق – جزء ٥ – ٢٠٤ ، وجزء ٧ –ص٢٤٨ ، والدر المختار للحصكفى وحاشيته ورد المحتار – لإبن عابدين –جزء ٢–ص٩ ،١٠) .

دعوى بطلب نفقة صغيرين بورقة .. مع إلزامه بأداء أجر حضانة

---

(١) دكرنس – جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ – القضية ٧٣٦ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

وأجر مسكن حضانة من يوم الحكم وأمره بالأداء إليها فى مواعيده وإذنها بالإستدانة عليه عند الحاجة مع المصاريف والأتعاب .. ثم تنازلت المدعية مؤقتاً عن أجرى الحضانة ومسكن الحضانة .

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢١ حكمت المحكمة غيابياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية ما فرضه على نفسه لولديها وقدره ستة جنيهات شهرياً ... وأمره بالأداء إليها فى مواعيده وألزمته بالمصاريف ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم خطؤه فى تطبيق القانون برفضه طلب المدعية إذنها بالإستدانة على المدعى عليه عند الحاجة على سند من القول أن نفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط بمضى المدة بعد الفرض ، ذلك أن عدم سقوط النفقة بعد الفرض ليس مبرراً فى القانون لعدم الأمر بالإستدانة ويجوز قانوناً فى نفقة الزوجة الإذن بالإستدانة للزوجة لأن أمر القاضى يجعل إستدانتها بالنيابة عن الزوج حكماً .

دعوى نفقة زوجية وصغير ...

قضت المحكمة غيابيًا بجلسة ١٩٧٥/١/٢٨ بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبيت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية أنها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ولا زالت على عصمته وطاعته (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المقرر أن السبب فى وجوب النفقة هو العقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له ، فإن الدخول لا يعتبر شرطاً لإستحقاق النفقة . وإذا قضى الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبيت المدعية دخول المدعى عليه بها ومعاشرته لها معاشرة الأزواج كشرط لإستحقاق النفقة ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

---

(١) الزيتون الشرعية – جلسة ١٩٧٥/١/٢١ – القضية رقم ٢١٣ سنة ١٩٢٤ شرعى.

(٢) الزيتون الشرعية – جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ – القضية ١٧٦٨ سنة ١٩٧٤ شرعى ، والقضايا ، ١٥١٤ سنة ١٩٧٤ و ١٤٤٠ سنة ١٩٧٤ و ١٣٨ سنة ١٩٧٤ و ٤٨٠ سنة ١٩٢٤ شرعى الزيتون .

حكم نفقة الزوجة المصرية على الزوج الليبى(الأجنبى):

١٣٥- دعوى نفقة زوجية وصغير مقامة من زوجة مصرية على زوج ليبى .

قررت المحكمة أن النزاع ذو عنصر أجنبى مما يتعين معه معرفة القانون الواجب التطبيق ، وبالنسبة لنفقة المدعية فالأصل - طبقاً للمادة ١٣ من القانون المدنى أن يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال ، ومنه حق الزوجة فى النفقة ، إلا أنه متى كانت الزوجة مصرية وقت إنعقاد عقد الزواج فإن القانون المصرى هو الواجب التطبيق عملاً بالمادة ١٤ من القانون المدنى بالنسبة لنفقة الزوجة ويتعين بالتالى تطبيق المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تقضى بأعمال الراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لم يتناوله المشرع المصرى بالتقنين .

كما قررت المحكمة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها جزاء الإحتباس وتعتبر ديناً من تاريخ الإمتناع لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (م١ ق٢٥ لسنة ١٩٢٠) وتقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً (م١٦ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩) ثم قضت بنفقة الزوجة المدعية على زوجها المدعى عليه .

أما بالنسبة لنفقة الصغيرة فهى نفقة أقارب يسرى على الإلتزام بها قانون المدين بها عملاً بالمادة ١٥ من القانون المدنى ، وإذ كان القانون الأجنبى التطبيق يعتبر واقعة مادية لا يفترض علم القاضى بها، ، ويتعين على من يتمسك به إثباتها فقد قررت المحكمة تكليف المدعية بتقديم صورة رسمية من القانون الليبى بشأن نفقة الأقارب (١) .

دعوى بطلب نفقة زوجية وصغار ...

أقيمت من المدعية بصحيفة قدمت لقلم كتاب المحكمة فى ١٨/٥/١٩٧٤ وبجلسة ٩/١٠/١٩٧٤ ذكرت المدعية فى مواجهة المدعى

---

(١) المنشية الجزئية بالأسكندرية القضية رقم ٤ سنة ١٩٧٤ احوال نفس للمسلمين غير المصريين .

عليه أن طلقها فى ١٩٧٤/٥/٢٩ وعدلت طلباتها بالنسبة لنفقتها إلى أن تكون من تاريخ رفع الدعوى ، وقد صادقها المدعى عليه على ذلك ، وفوضا الرأى للمحكمة فى التقدير .

وبجلسة ١٩٧٥/٢/١٢ حكمت المحكمة حضوريًا إعتباراً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى إلى المدعية فى كل شهر من يوم ١٩٧٤/٥/٣٠ مبلغ ٢٤٠ قرشاً لنفقة عدتها بأنواعها الثلاثة إلى إنقضاء عدتها منه و ..(١).

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الثابت من الواقع فى الدعوى أن المدعية إستقرت فى طلباتها بالنسبة لنفقتها إلى فرضها على المدعى عليه من تاريخ رفع الدعوى فى ١٩٨٤/٥/١٨ على أن تكون نفقة عدة من تاريخ الطلاق الحاصل فى ١٩٧٤/٥/٢٩ وقد سلم المدعى عليه بهذه الطلبات فى شأن بدء إستحقاق الفرض ، وكان الحكم قد قضى بنفقة عدة للمدعية من ١٩٧٤/٥/٣٠ فحسب ، فإنه يكون قد أخطأ فى القانون .

نفقة زوجية وصغيرة .

حضر المدعى عليه بالجلسة وصادق على الدعوى .. وشرح حالته المالية والإجتماعية .

فوض الطرفان الرأى للمحكمة فى التقدير .

بحث الحكم الأساس الشرعى والقانونى لفرض نفقة الزوجية والصغيرة .. مقرراً أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعًا من تاريخ الإمتناع جزاء الإحتباس ، وتعتبر ديناً فى ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء عملاً بالمادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وتجب حسب حالة الزوج يسراً وعسراً عملاً بالمادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، كما أن نفقة الصغير على والده شرعًا الجزئية بقدر كفايته وبقدر ما تسمح به الحالة المالية لوالده المدعى عليه .

طبق الحكم هذه القواعد على واقعة الدعوى تطبيقاً صحيحاً ، وبعد أن

---

(١) طهطا – جلسة ١٩٧٥/٢/١٢ – القضية رقم ٢٨٣ سنة ١٩٧٨ أحوال نفس ، ٦٨٠ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

إستظهر حال المدعى عليه من المناقشة والمصادقة ، بمضى - سديداً - بفرض النفقة (١) .

نفقة عدة أيسة ...

قالت المدعية بالجلسة إن سنها ٦٥ سنة ، وقد إنقطع عنها دم الحيض منذ ١٥ سنة ولم تره للآن ، وأن عدتها بالأشهر - ثم طلبت الحكم بفرض نفقة عدة لها بأنواعها الثلاثة وبدل فرشها وغطائها من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٧٤ وأمره بالأداء وإلزمه بالمصاريف ...

بحث الحكم الأصول الشرعية فى إستحقاق الآيسة نفقة عدة ، مقرراً أنه متى إنقطع دم الحيض ، فإنه تفرض نفقة عدة من تاريخ الطلاق ولمدة ثلاثة أشهر فقط ، عملاً بقوله سبحانه وتعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم وإن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » (٢) .

١٣٦ - الأصول القضائية الحديثة فى النفقات :

(١) ومن حيث أن سابقة الزوجية بينهما ثابتة بوثيقة الزواج وإشهاد الطلاق المقدم ، ونفقة المدعية على مطلقها واجبة شرعاً ، والطلاق قرينة الإمتناع على الإنفاق ، وترى المحكمة لذلك وتأسيساً على ما سبق ، وبعد أن تعرفت حالة المدعى عليه المالية والإجتماعية من التحرى الوارد والمرافعة المدونة الحكم الآتى (٣) .

(٢) وحيث أن الحكم المستأنف فيما قضى به من تقرير نفقة للزوجة وتحديد هذه النفقة بمبلغ ستة جنيهات فى محله للأسباب التى بنى عليها والتى تأخذ بها هذه المحكمة وتجعلها أسباباً لقضائها وتضيف إليها رداً على ما أثاره كل من الخصمين فى إستئنافه أن المحكمة تطمئن فى هذا الصدد إلى أقوال شاهدى الزوجة والثابت منها أن الزوج قد أساء معاملة

---

(١) القضية ٣٨ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس جزئى بندر شبين الكوم .

(٢) شبرا الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٩ - القضية رقم ٧٥٢ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى.

(٣) القضية ٤٣٣ سنة ١٩٧٥ شرعى مركز الزقازيق .

زوجته وأنه هو الذى طردها من منزل الزوجية مما إضطرها إلى تركه والإقامة فى غيره ، وفى هذه الحالة لا تكون الزوجة خارجة عن طاعته ونشوزها لم يثبت ، فلا حق للزوج فى هذه الحالة فى طلب إسقاط نفقتها ، وأن النفقة المحكوم بها مناسبة ، ولا يوجد فى الأوراق ما يبرر زيادة المحكوم به ، خاصة وأنه لم يثبت أن للزوج موارد أخرى غير مرتبه من عمله (١) .

(٣) ومن حيث انه بالنسبة إلى إستئناف الحكم فى شقه الخاص بنفقة الولد (السيد) الذى قدرتها محكمة أول درجة بمبلغ مائتى قرشًا لإصلاح شأن وكسوة وبدل فرش وغطاء ذلك الولد ، فإنه لما كان المقرر بنص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية أن الحكم بنفقة الصغير بجميع أنواعها يكون نهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرشاً فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين ، وكل ذلك بشرط أن لا يزيد مجموع ما يحكم به أو يطلب الحكم به على ثلاثمائة قرشاً فى الشهر - لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة صحيفة الدعوى المستأنف حكمها أن طلب نفقة الصغير (السيد) غير معين المقدار ، وأن البادى من الحكم المستأنف أنه قضى بفرض نفقة للولد ، وكان مؤدى ذلك أن مقدار النفقة المحكوم بها للصغير أقل من مائتى قرش لإصلاح شأن وكسوة وبدل فرش وغطاء لنفقته مائة قرش فى كل نوع ، وأنها بهذه المثابة مما تختص المحكمة الشرعية الجزئية بالحكم النهائى به ، ومن ثم كان الإستئناف - فيما يختص بنفقة الولد غير جائز لقلة النصاب ، والمحكمة تقضى بذلك من تلقاء نفسها ، لأن القواعد المتعلقة بمنع الطعن بالإستئناف فى الأحكام لدخول الدعوى الملتمس صدور الحكم فيها فى حدود النصاب الإنتهائى لمحكمة الدرجة الأولى بالنظام العام ، ولأن الإعتبارات التى تبرر قصر القاضى فى بعض الدعاوى على درجة واحدة هى إعتبارات تتعلق بحسن سير القضاء وتعجيل الفصل فيها بحكم إنتهائى فتستقر الحقوق لدى أصحابها (المرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد

---

(١) الجيزة الإبتدائية - جلسة ١٩٧٤/٢/٢٧ - الإستئنافان ٥٧٠ و ٥٨٢ سنة ١٩٧٣ احوال مستأنف .

أبو الوفا طبعة ٧ – ص٩٨٧) ، ومن ثم يتعين القضاء بعدم جواز الإستئناف لقلة النصاب بالنسبة لنفقة الصغير (السيد) .

ومن حيث أنه بالنسبة لنفقة العدة فإن الإستئناف قد جاز الأوضاع الشكلية المقررة فى القانون ، ومن ثم فهو مقبول شكلاً .

ومن حيث أنه بالنسبة لموضوع هذا الشق فإن المقرر شرعًا وقانونًا أن نفقة الزوجة والمعتدة على الزوج والمطلق شرعاً لأنها جراء الإحتباس الحقيقى أو الحكمى ، وتحتسب من تاريخ الترك لأنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وتقدر بحسب حال الزوج والمطلق يسراً وعسراً ، وللزوجة المطلقة رجعيًا – أو بائنًا النفقة بجميع أنواعها على زوجها مادامت فى عدتها منه لأن الزواج لا يزال قائماً من بعض الوجوه ، ولأن حق إحتباسها فى العدة من أجله ثابت له شرعًا وهذا هو سبب وجوب النفقة (الأحوال الشخصية – قسم الزواج – للشيخ محمد أبو زهرة – طبعة ١ – ص٢٢٩ وما بعدها ، والشريعة الإسلامية للشيخ عبد الرحمن تاج – طبعة ١ – ص٢١٧ وما بعدها ، وأحكام الأحوال الشخصية – للدكتور محمد يوسف موسى – طبعة ١ – ص٢٣٩ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للشيخ محمد زكريا البرديسى – طبعة ١ – ص٥٣١ وما بعدها .

ومن حيث أنه لما كان ذلك وكان المفروض لنفقة عدة المستأنف عليها مناسب لحالة المستأنف (١) .

(٤) ومن حيث أن من المقرر شرعاً وقانونًا أن نفقة الصغار الفقراء على أبيهم لا يشاركه فيها أحد للجزئية والبعضية ، لأن فى الإنفاق على الصغير المحتاج إحياء له ، وعلى الإنسان إحياء نفسه وبعضه ، وهى نفقة حاجة تجب بوجوبها وتنتفى بإنتفائها ، ونفقة الصغير – على ما يظهر من نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تشمل أجرة الحضانة وأجرة الإرضاع (المذكرة الإيضاحية لذلك القانون) ، ولما

---

(١) دمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٥ – الدائرة الأولى – الإستئناف رقم ٢١٠ سنة ١٩٧٥ أحوال ، وجلسة ١٩٧٦/١٢/٢٥ – الإستئناف رقم ٣٨ سنة ١٩٧٩ أحوال ، وجلسة ١٩٧٧/١/٢٩ – الإستئناف رقم ١٦٧ سنة ١٩٧٦ أحوال .

كانت نفقة الصغير نفقة حاجة ويقدر الكفاية ، فإنها تزاد بزيادتها وتقدر بحسب يسار الأب وكبر السن ، وإرتفاع الأسعار من موجبات الزيادة ، لأنها تقضى الحاجة ، فسبب وجوب نفقة الأولاد إذن هو الجزئية المستفادة من كون الفروع مولودين للأصول ، وذلك لقول الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، ووجه الإستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أوجب على الأب رزق الوالدات أى نفقتهن ، وعبر عن الأب بالمولود له وتنبيهه إلى علة الإيجاب على الأب هى الولادة له (شرح فتح القدير – لدير غنائى ـ جزء ٣ – ص٣٤٤ ، وحقوق الأولاد والأقارب – للشيخ محمد الحسينى حنفى – طبعة ١٩٦٦ – المعدلة – ص٢٦٦ وما بعدها ، والأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١٩٦٧ – ص٣٧٤ وما بعدها) ، وأن القصد من طلب الزيادة هو إعادة النظر فى تقدير النفقة لطروء سبب يقتضيها ، فلا يصح النظر إلى حكم الزيادة مستقلاً عن المقدار السابق ، بل ينظر إليهما معاً (المذكرة الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١) ، كما أن من المقرر شرعًا أن المفروض وبالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى ، فإذا أقر الأب على نفسه بنفقة لطفله ، فطلبت الحاضنة أمره بأداء هذا المفروض ، ومانع الأب فى أمره لأنه لا يطيقه أو بأنه فوق الكفاية مما لا يدخل تحت التقدير ، بحث القاضى حالته ، فإن كان المفروض أزيد من نفقة الكفاية زيادة غير يسيرة أمره بأداء ما يكفى ورفض الزيادة ، كما أن لها أن يطلب أيضاً زيادة المفروض فيجيبها القاضى إلى ما يكفى إن كان المفروض أنقص من نفقة الكفاية نقصاً غير يسير .

ومن حيث انه بإنزال المبادىء المتقدمة على واقعة التداعى الماثل يظهر أن الزيادة المقضى بها من محكمة أول درجة وكذا أجر الحضانة لا يتناسب مع اليسار الكبير الذى يتمتع به الأب (المستأنف عليه) والذى قدمت المستأنفة الأدلة المكتوبة عليه، والتى لم يجادل المستأنف عليه فى دلالتها على يساره ، ومن ثم يتعين القضاء فى موضوع الإستئناف بتعديل الحكم المستأنف بالنسبة لمقدار الزيادة وأجر الحضانة إلى الحد المبين بالمنطوق وتأييده فيما خلا ذلك لصحته ولصحة الأسباب السائغة التى قام

عليها والتى تأخذ بها هذه المحكمة أسباباً مكملة (١) .

(٥) ومن حيث أنه بالنسبة لأجر الإرضاع ، فقد جاء بحاشية إبن عابدين نقلاً عن البحر إن مدة الرضاع فى حق الأجرة حولان عند الكل ، حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعاً ، وتستحق فيهما إجماعاً (حاشية إبن عابدين - جزء ٢ - ص٩٣١) ، قال تعالى . وهو أصدق القائلين : «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» ، ويقول إبن قدامة : إن الأم إذا إنقطعت علاقتها الزوجية لا تجبر على الإرضاع ، لأن الإرضاع من النفقة الواردة شرعاً على أب الصغير ، إلا إذا كانت متعينة له ، بأن كان لا يلقم إلا ثديها ، أو لم يكن لأب الصغير ولا للصغير مال ، فعندئذ تجبر على إرضاعه دفعاً للهلاك عنه ، فى مقام الضرورات التى تبيح المحظورات (المغنى - لإبن قدامة - جزء ٩ -ص٣١٢) إذ كان ذلك ، وكانت محكمة أول درجة قد قدرت للصغير (أيمن) أجر إرضاع مبلغ ١٠٠ قرش شهرياً وهو أجر موقوف بطبيعته حتى يتم الرضاعة لحولين كاملين فهو تقدير مناسب صونًا للصغير ودفعاً للهلاك عنه ، ومن ثم يتعين رفض الإستئناف بالنسبة لهذا الأجر .

ومن حيث أنه بالنسبة لأجر المسكن فإن المقرر فى الأصول الشرعية أن أجر المسكن من نفقة الصغير ، وقد ثار فى الفقه والقضاء الشرعى خلاف حول مدى إستحقاق الحاضنة لأجر المسكن إذا كان لها منزل تسكن فيه والصغير معها ، فذهب رأى إلى أنها لا تستحق على والد الصغير أجر مسكن متى كانت تملك منزلاً بينما ذهب رأى أخر إلى التفرقة بين ما إذا كانت تملك مسكناً وتسكن بالفعل فيه مع الصغير ، ففى هذه الحالة لا تستحق أية نفقة ، وبين ما إذا كانت تملك منزلاً وتسكن فيه أو كانت تسكن بالصغير مع زوج أخر هو أجنبى عن الصغير أو مع والدها ، ففى هذه الحالة تستحق أجر مسكن ، لأن سكنى الصغير غير واجبة عى زوجها الأجنبى عنه فى الحالة الأولى ، ولأن سكناها غير واجبة على أبيها فى الحالة

---

(١) دمياط الإبتدائية - الدائرة الأولى جلسة ١٩٧٧/١/١٥ - الإستئناف رقم ٣٤ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

الثانية ، وذهب رأى ثالث إلى أن الحاضنة غير ملزمة بسكنى الصغير معها وإنما تجب السكنى على الملتزم شرعًا بنفقته (يراجع فى هذا الخلاف : الدر المختار وحاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٨٧٧ ، ومواهب الجليل والتاج والإكليل – للعلامة أبى عبد الله الغرناطى – جزء ٤–ص٢٢١ ، وحقوق الأولاد والأقارب – للأستاذ محمد الحسينى حنفى – طبعة ٤ – ١٩٦٧ – ص٣٠٠ والأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١٩٦١ وطبعة ١٩٧٦ – ص٣٨٢) – لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد قدرت مبلغ مائة قرش لأجر مسكن الحضانة وكان المستأنف ينعى على هذا التقدير بالقول بأنه مبالغ فيه ، خاصة وأن المستأنف عليها تسكن بالصغير فى منزل أبيها ، وكانت السكنى مع أبيها لا تعفى المستأنف فى نظر هذه المحكمة من فرض أجر مسكن حضانة ...

(٦) طلبت المدعية الحكم على زوجها المدعى عليه بنفقة بأنواعها من ١٩٧٢/١/١ ومن يوم الحكم بنفقة بنوعيها لبنتهما وأمره بالأداء مع إلزامه بالمصاريف ، وفى غياب زوجها قدمت وثيقة زواجهما وأحضرت صغير يدها ، وإكتفت المدعية بالإثبات المقدم وطلبت أن يكون مبدأ الفرض لها من ١٩٧٣/١/١ وللبنت من يوم الحكم وإلتزمت بمصاريف الدعوى .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٨ حكمت المحكمة غيابياً على المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية فى كل شهر من ١٩٧٣/١/١ مبلغ ٣١٠ قرشًا لنفقتها بأنواعها الثلاثة ومن تاريخ الحكم بمبلغ ١٠٠ قرشاً نفقة البنت بنوعيها وألزمت المدعية بالمصاريف .

ويؤخذ على هذا الحكم ما يلى :

(أ) أنه لما كانت المادة ٢/٨٣ مرافعات لا تجيز للمدعى أن يبدى فى الجلسة التى تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص فى الطلبات الأولى ، وكانت المدعية قد أنقصت من الطلبات المعلنة إلى خصمها فى غيابه حيث قصرت بدء طلبات نفقتها من ١٩٧٣/١/١ بدلاً من ١٩٧٢/١/١ ، فإن الحكم إذا إعتد بالطلبات المعدلة بالجلسة والتى لم يعلن بها الخصم – وقضى فى الدعوى على أساسها ، فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون .

(ب) أنه لما كانت قواعد الإثبات بذات الدليل – كبيان شروطه الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني – محكومة بالقواعد المقررة فى فقه المذهب الحنفى بالأعمال للمواد ٥و٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ، وكانت قواعد هذا الفقه تقضى بأنه إذا شهد الشهود بأكثر من الدعوى لم تقبل شهادتهم، بمعنى انها لا تصلح دليلاً فى الدعوى ، لأن المدعى يعتبر مكذباً لهم فيما شهدوا به فتكون شهادتهم باطلة وإذا اشهدوا بأقل من الدعوى فإن وافقهم المدعى وعدل عما لم يشهدوا به قبلت شهادتهم وإعتبرت دليلاً صحيحاً فيما وافقهم عليه ، ويقضى له به ، أما إذا بقى مصراً على دعواه بأكثر مما شهدوا به فلا يقضى له بشيء ايضًا لأنه يعتبر مكذبًا لهم فى الإدعاء بالأكثر – مما شهدوا به فلا تقضى له بشيء أيضًا لأنه يعتبر مكذبًا لهم فى الإدعاء بالأكثر – إذا كان ذلك وكان شاهداً الدعوى فضلاً عن تصريحهما بأنهما لا يعرفان تاريخ الإمتناع عن الإنفاق قد شهدوا بأكثر مما جاء بالدعوى ، فإن شهادتهما تكون مردودة وغير صحيحة فلا تصلح دليلاً منتجاً فى الدعوى وإذ أخذ بها الحكم وقضى فى الدعوى على أساسها ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (نقض – مدنى – الطعن ٤٨ لسنة ٣ق – أحوال شخصية – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤–ص٣٢ ، ونقض – الطعن ٢١ لسنة ٣٨ق – أحوال شخصية – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص١٢٧٧) (١) .

---

(١) إيتاى البارود – جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ – القضية ٢٥٥ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى ، وكوم حمادة – جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ – القضية ١٢٨ – سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى، ورأس البر – جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ – القضية ٤١ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى ، ورأس البر – ١٩٧٤/١٢/٢٠ – القضية ٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى ، والفشن – جلسة ١٩٧٥/١/٢١ – القضية ٥٤٧ سنة ١٩٧١ أحوال جزئى ، والفشن – جلسة ١٩٧٥/١١/٢٨ – القضايا أرقام ٤٦٤ سنة ١٩٧٤ و٥٠٣ سنة ١٩٧٤ و ٥٣ سنة ١٩٧٤ و ٩٢ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئى ، وميت غمر – جلسة ١٩٧٥/٣/٣ – القضية ١١٥ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى ، والقضيتان ١٧٢ سنة ١٩٧٥ و ٣٤٦ سنة ١٩٧٣ أحوال جزئى ميت غمر ، ومركز دمياط – جلسة ١٩٣٥/١٠/٢٥ – القضية ١١٢ سنة ١٩٧٥ – أحوال جزئى ، وجلسة ١٩٧٥/١٠/٢١ – القضية ٧٠ =

(٧) طالبت المدعية بنفقتها من زوجها المدعى عليه من نوفمبر ١٩٧٣ ومن يوم الحكم بنفقة لطفليها مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب،

=سنة ١٩٧٥، أحوال جزئي ، وجلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية ١٥٧ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي ، وجلسة ١٦/١١/١٩٧٥ - القضية ١٦٢ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور، وجلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ - القضية ٢٠٢ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي فارسكور ، وجلسة ٣٠/١١/١٩٧٥ - القضية ٢٣١ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور ، وجلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ القضية ٢٥٨ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي فارسكور ، وجلسة ١٦/١١/١٩٧٥ - القضية ٥ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور، وتلا - جلسة ٤/١٢/١٩٧٥ - القضية ٣٥٨ سنة ١٩٧٥ احوال تلا ، وجلسة ٢٧/١١/١٩٧٥ - القضية ٤٢٠ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي تلا ، وجلسة ٢٧/١١/١٩٧٥ - القضية رقم ٣٦٥ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، جلسة ٢٨/١٢/١٩٧٥ - القضية رقم ١٤١ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي بندر شبين الكوم ، وجلسة ٢٥/١١/١٩٧٥ - القضية رقم ٣٠٥ سنة ١٩٧٥ - القضية رقم ٣٠٧ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي بندر شبين الكوم ، وجلسة ١٧/١٢/١٩٧٥ - القضية ٤١٠ سنة ٧٥ احوال جزئي الشهداء وجلسة ١٣/١١/١٩٧٥ القضية ٥٥ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٣/١١/١٩٧٥ - القضية ٣١٤ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٣/١١/١٩٧٥ - القضية ٣٩٣ سنة ١٩٢٥ أحوال جزئي تلا ، وجلسة ١٣/١١/١٩٧٥ القضية ١١ ، سنة ١٩٧٥ ، أحوال جزذي تلا ، وجلسة ٢٧/١١/١٩٧٥ ، والقضية ٣٤٦ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٨/١٢/١٩٧٥ والقضية ١٣٢ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي تلا ، وجلسة ٤/١٢/١٩٧٥ - ، القضية ٤٠ ، سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ٢٠/١١/١٩٧٥ ، والقضية ٢٨٧ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٨/١١/١٩٧٥ ، القضية ١٧٠ سنة ١٩٧٥ أحوال بندر شبين الكوم ، وجلسة ١/١/١٩٥١ القضية ٣٠٩ سنة ١٩٧٤ احوال مركز الزقازيق ، وجلسة ١٠/٣/١٩٧٥ ، القضية ٢٦٥ سنة ١٩٧٣ احوال ابو قرقاص ، وجلسة ٢٨/٣/١٩٧٥ ، والقضية ٢٧٠ سنة ١٩٧٢ أحوال بولاق ، والقضية رقم ٤٤ سنة ١٩٧٣ احوال جزئي بولاق ، وقليوب - جلسة ٢٣/٣/١٩٧٤ - القضية ٤٧٩ سنة ١٩٧٤ احوال جزئي ، والقضايا : ٣٥٨ سنة ١٩٧٢ و ٣٢٣ و ٣٨٢ و ٣٧٩ سنة ١٩٧٣ و ٥٨ و ٥٩ سنة ١٩٧٤ احوال جزئي قليوب ، والخليفة - جلسة ٢٩/١٠/١٩٢٤ - القضية ٤٧٢ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي و ٢ سنة ١٩٧٤ احوال راس البر و ١٢٤ سنة ١٩٢٤ احوال فارسكور و١٢٦ سنة ١٩٧٤ احوال مركز دمياط و ٧٧٠ سنة ١٩٧٢ احوال نفس جزئي ، بولاق ، و ١١٥٠ سنة ١٩٧٤ و ١٧٧ سنة ١٩٧٥ ، ٣٤٦ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس ميت غمر و ٤٧٥ سنة ١٩٧١ و ٤٦٤ و٥٢٣ سنة ١٩٧٤ و ٩٢ سنة ١٩٧٥ احوال الفشن و ٤٧٩ و ٩٨ و ٥٨ سنة ١٩٧٤ و ٣٥٨ و٣٢٣ و ٣٨٢ و ٤٧٩ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس قليوب .

وبجلسة ١٩٧٤/٩/٢١ حضر المدعى عليه وأقر بالزوجية وبأنها فى عصمته ، وقرر بأنه متزوج بأخرى وأن مرتبه عشرة جنيهات ثم لم يحضر بعد ذلك .. وبجلسة ١٩٧٤/١١/١١ حكمت المحكمة معتبراً حضورياً للمدعية على المدعى عليه بمبلغ مائتى قرشاً لنفقتها فى كل شهر من أول نوفمبر سنة ١٩٧٣ ومن تاريخ الحكم بنفقة الولدين ..

ويؤخذ على هذا الحكم :

انه لما كان لا ينسب لساكت قول وكان المدعى عليه إذ حضر بجلسة ١٩٧٤/٩/٢١ لم يقر إلا بالزواج بالمدعية وببقائها على عصمته وبقدر مرتبه ، فإن الحكم إذ أعتبر سكوته عن باقى الوقائع اعتبر إقراراً بها فإنه يكون مشوباً بالفساد فى الإستدلال (١) .

(٨) طلبت المدعية الحكم بنفقتها من أول اغسطس سنة ١٩٧٣ على زوجها المدعى عليه ومن يوم الحكم نفقة لطفلها وأمره بالأداء إليها وحضر وكيل المدعى عليه وأقر بالزوجية وبإستحقاق المدعية للنفقة من ذلك التاريخ والولد من يوم الحكم ، وأضاف وكيلها أن المدعى عليه يعيش مع والده الذى يملك مقهى ومنزلين بالدلنجات ، وأنكر عليه هذا وكيل المدعى عليه ، وقال أن موكله لا مورد له سوى مرتبه حيث إستبقى بالجيش ويعيش وحده وإن كان والده يملك مقهى ... وبجلسة ١٩٧٣/٦/١٦ حكمت المحكمة حضورياً بالنفقة للمدعية على المدعى عليه من ١٩٧٣/٨/١ وللولد من يوم الحكم وألزمتها بالمصاريف بإلتزامها .

ويؤخذ على هذا الحكم .

انه لما كانت نفقة الزوجة إنما تقدر حسب حال زوجها يسراً وعسراً ، وكان الزوج لا يعتبر موسراً بيسار أبيه إعمالاً لأرجح الأقوال فى الفقه الحنفى – لما كان ذلك فإن الحكم إذ إعتد فى يسار الزوج المدعى عليه بيسار أبيه ، وفرض النفقة بهذا الأساس ، فإنه قد أقام قضاءه فى مقدار النفقة على أساس قانونى خاطىء .

---

(١) إيتاى البارود – جلسة ١٩٧٤/١١/١١ – القضية رقم ٣٤٨ سنة ١٩٧٤ احوال جزئى .

وعلى منطقة فإنه قد شابه فساد فى الإستدلال على يسار المدعى عليه بيسار أبيه فقد إعتد بأقوال المدعية فى ذلك - أنه يعيش مع والده ، فى حين أن وكيل المدعى عليه أنكر هذه الإقامة فلم تثبت بدليل صحيح » (١) .

(٩) دعوى نفقة زوجية وصغار .. إنتهت صلحًا كالثابت بمحضر جلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ ..

وبجلسة ٢/١١/١٩٧٥ قضت المحكمة بالنفقة .

ويؤخذ على هذا الحكم .

أنه لما كان القاضى - فى الصلح - يقوم محل الموثق فى إثباته طبقاً لنص المادة ١٠٣ مرافعات ، وإذ خالف الحكم ذلك وقضى فى موضوع الدعوى ، فإنه يكون مخالفاً للقانون ومخطئاً فى تطبيقه (٢) .

(١٠) أنه لما كانت المادة ١٦من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقضى بأنه نفقة الزوجة تقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً ، وأن نصوص فقه المذهب الحنفى لا تعتبر الزوج فى حق نفقة زوجته موسراً بيسار أبيه ، فإن الحكم إذ قضى للمدعية بنفقتها على زوجها المدعى عليه بإعتباره موسراً بيسار أبيه ، ومع ثبوت أن الزوج طالب علم (بكلية دار العلوم) ولا عمل له ، فإنه يكون قد أقام قضاءه على أساس قانونى خاطىء (تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشيته رد المحتار - لإبن عابدين جزء ٢ - فى باب الكفاءة - ص٢٣٢ ، وتقرير الرافعى عليه - ص١٩١ - جزء ١ -

---

(١) الدلنجات - جلسة ١٦/١١/١٩٧٤ - القضية رقم ٦١ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى ، والقضايا : ٢٧ سنة ١٩٧٤ و ١٣٠ سنة ١٩٧٤ و ١٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى الدلنجات و١١٨ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئى إيتاى البارود ، و٨٦ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى الدلنجات و ٤٦٩ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى كوم حمادة .

(٢) فارسكور جلسة ٢/١١/١٩٧٥ - القضية رقم ٢٤ سنة ١٩٧٠ أحوال جزئى ، وجلسة ٢٨/١٠/١٩٧٥ - القضيتان ١٣٦ و ١٣٧ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط، وجلسة ٤/١٠/١٩٦٥ - القضية ١٣٧ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط ، وجلسة ١٨/١١/١٩٧٠ القضيتان ١٢٨و ١٥٣ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط والخليفة - جلسة ٢٩/١٠/١٩٧٤ - القضية ٤٠٩ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، ومركز الزقازيق - جلسة ٢٩/١٢/١٩٧٥ - القضية ٤٥١ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئى .

فى الكفاءة ، وفى كتاب الوقف – جزء ٣ – ص٤٢٩ ، والهداية وشرحها فتح القدير والعناية – جزء ٢ باب الكفاءة ص٢٤٣ – والدر وحاشيتها – جزء ١ – ص٤٢٢ ، والبحر الرائق جزء ٣ – ص١٣٣ ، والبدائع – جزء ٢ – ص٣١٩ و ٣٢٠ ، فتح المعين – لأبى السعود باب الكفاءة جزء ٢ ص٤١(١).

(١١) دعوى نفقة ... أقامتها المدعية (طالبة جامعية) طالبة الحكم على أخويها لأبيها بتكملة نفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل الفرض والغطاء ومصاريف وثمن كتب للجامعة لمرحلة تعليمها وأمر عمها الشقيق بأداء ما يفرض لها على أخويها لأبيها ليرجع بما يؤديه إليها عليهما إذا أيسرا ، وإذنها بالإستدانة عليهما عند الإمتناع وعلى أن يكون هذا كله من يوم الحكم مع إلزامهم بالمصاريف وأتعاب المحاماة .

وبعد التحقيق الذى أجرته المحكمة قضت بجلسة ١٩٧٥/٢/١٩ حكمت المحكمة غيابيًا على المدعى عليهما الأول والثانى (الأخوين لأب) بأن يؤديا للمدعية شهرياً من ذلك اليوم خمسة جنيهات لنفقتها وبدل الفرش والغطاء مناصفة بينهما . وكل سنة أول العام الدراسى عشرين جنيهاً إعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ إلى تخرجها لرسوم الكلية وثمن الكتب وأمرت المدعى عليه الثالث (العم الشقيق بالأداء إليها أولاً من مالها الذى تحت يده وبعد نفاذه يرجع بالباقى على المدعى عليهما الأول والثانى عند يسارها وأذنتها بالإستدانة على المدعى عليه الثالث (العم الشقيق) عند الحاجة وألزمته بمصاريف الدعوى ومائة قرش مقابل أتعاب المحاماة .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كانت نصوص فقه المذهب الحنفى – التى تحكم الموضوع تقضى بأنه إذا إجتمع فى قرابة طالب النفقة أصل وحاشية وكان أحد الصنفين عدة أمرت المعتبر أصولاً وحدهم ترجيحاً للجزئية – لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم أن أم المدعية على قيد الحياة وأنها تشاركها فى ملكية ٩س ٧ط فإن الحكم إذ قضى بالنفقة قبل الأخوين لأب

---

(١) ميت غمر – جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ – القضية ٢٣٩ سنة ١٩٧٥ احوال جزئى .

والعم الشقيق دون أن يعرض لتمحيص يسار الأمن فإنه قد يكون عاره قصور ، ذلك لأن الأم وهى أصيل وراثة للمدعية والعم لا يرثها لوجود أخويها لأبيها، ولو إلتفت الحكم إلى ذلك لجاز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى (رسالة تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول - لإبن عابدين وحاشيته على الدر المختار - باب النفقة - جزء ٢ ص١٠٥١ - المطبعة الأميرية) .

(ب) أنه - وعلى منطق الحكم الخاطىء - قد ثبت أن أخوى المدعى لأبيها لا يفضل من كسبها شىء ، وإذ قضى الحكم - مع ذلك - بفرض نفقتها عليهما ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، لأن النفقة لا تجب على الفقيرين فرضاً ولا أداء ، إذ نفقة الأقارب لا تجب إلا على القريب الموسر الذى يفضل من كسبه ، ما يفى بنفقة الطالب الفقير لأنهما تجب بطريق الصلة والغناء فهى تجب على الأغنياء دون الفقراء (بدائع الصنائع- جزء٤ - ص٢٢ ، والفتاوى الخيرية - ص١١٨ و ١١٩ ، وتنقيح الحامدية - جزء ١ - ص٨١ ، ورسالة تحرير النقول - لإبن عابدين - جزء ١ - ص٢٨٨ بجميع رسائله) .

(جـ) مخالفته القانون بقضائه بما لم يطلب ، وذلك بأن المدعية طلبت الحكم على عمها الشقيق بتكملة نفقتها ، فى حين أن الحكم قضى قبل العم بأن يؤدى إليها أولاً من مالها الذى تحت يده وثانياً بعد نفاذه يرجع بالباقى على أخويها لأبيها إذا أيسر ، وهو لم يطلب القضاء به .

(د) قيامه على أساس قانونى خاطىء لقضائه بإستحقاق المدعية لنفقة بإعتبار أنها فى حكم الفقير قياساً على حكم إبن السبيل الموسر الذى إستحق الزكاة لبعد يده عن ماله ، حال أن القياس يكون على صاحب المال الغائب الذى نص الفقهاء على إستحقاقه النفقة على الغير حتى يحضر ماله (الدر المختار - للحصكفى وحاشيته رد المحتار - لإبن عابدين - جزء ٢ - باب النفقة - ص١٠٣٧) (١) .

(١٢) دعوى بطلب الحكم على المدعى عليه بأن يؤدى ما فرضه لأخته

---

(١) دكرنس - جلسة ١٩٧٥/٢/١٩ - القضية ١٠٤ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى .

لأبيه بمقتضى ورقة عرفية .. وبجلسة ١٢/١١/١٩٧٤ حكمت المحكمة غيابيًا للمدعية على المدعى عليه بإلزامه بأن يؤدى لها شهريا من ١/٧/١٩٧٤ مائة قرش ما فرضه على نفسه لنفقة أخته لأبيه بالورقة العرفية المحررة بذات التاريخ وأمرته بأداء ذلك للمدعية فى مواعيده ،وأذنتها بالإستدانة عليه عند الحاجة وألزمته بالمصاريف .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الطفل المفروضة على غير أبيه تسقط بمضى شهر فأكثر بإعتبارها من نفقات ذوى الأرحام ما لم تكن مستدانة فعلاً بإذن ممن وجبت عليه أو من القاضى ، وكان الثابت بالورقة العرفية سند الدعوى أذن الملتزم بها للمدعية بالإستدانة عليه ، فإن الحكم إذ قضى بإلزام المدعى عليه بأداء هذا المفروض للمدعية من ١/٧/١٩٧٤ دون التثبت مما إذا كانت المدعية قد إستدانت فعلاً المتجمد بالورقة الذى مضى عليه شهر فأكثر فيما قبل تاريخ صدوره فإنه يكون قد خالف القانون (١) .

(١٣) دعوى نفقة زوجية .. أوردت المدعية فى صحيفتها أنه سبق لها إستصدار أحكام نهائية عليه بالنفقة ، وأن تلك الأحكام ما زالت قائمة ... وبجلسة ١٧/١١/١٩٧٤ قضت المحكمة غيابيًا برفض الدعوى وألزمت المدعية بالمصاريف ... وأقامت قضاءها هذا على أسباب أنه كان يتعين على المدعية أن تنفذ تلك الأحكام .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(أ) أنه لما كان المقرر أن أحكام النفقة لا تحوز سوى حجية مؤقتة ، إلا أن هذه الحجية تبقى قائمة ما لم تتغير مراكز الخصوم بعد صدورها (نقض – جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١١ – مدنى – ص٥٤٠، ونقض – جلسة ٣٠/١/١٩٦٣ – المرجع السابق السنة ١٤ – ص١٨٩ ، ونقض جلسة ٢٤/٥/١٩٧٢ المرجع السابق السنة ٢٢ – ص١٠٠٣) – وإذا خلا الحكم من بيان ذلك ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

---

(١) مركز دمياط ١٢/١١/١٩٧٤ – القضية ٤٥ سنة ١٩٧٤ احوال جزئى .

(ب) وعلى منطقة أن صح صدور حكم ، ولم تتغير مراكز الخصوم ، فإنه كان متعيناً القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها - وإذ جانب الحكم ذلك ، فإنه يكون مخطئاً فى تطبيق القانون (١) .

(١٤) دعوى نفقة زوجية وصغير ... قضت المحكمة غيابياً بجلسة ١٩٧٥/١/٢٨ بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية أنها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ولا زالت فى عصمته وطاعته ... إلخ .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كان المقرر أن السبب فى وجوب النفقة هو العقد بشرط الإحتباس أو الإستعداد له ، فإن الدخول لا يعتبر شرطاً لإستحقاق النفقة ، وإذ قضى الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية دخول المدعى عليه ومعاشرته لها معاشرة الأزواج كشرط لإستحقاق النفقة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (٢) .

(١٥) مطالبة بستة جنيهات شهريًا نفقة إعتباراً من ١٩٧٣/٨/١ إستناداً إلى إقرار منسوب إلى الأب المدعى عليه ... وأمره بالأداء وأذنها بالإستدانة عليه عند الحاجة مع المصاريف والأتعاب .

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢١ قضت المحكمة غيابياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية ما فرضه على نفسه لولديها منه وقدره ستة جنيهات من ١٩٧٣/٨/١ وأمره بالأداء إليها فى مواعيده وألزمته بالمصاريف ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات .

ويؤخذ على هذا الحكم :

خطؤه فى تطبيق القانون برفضه طلب المدعية إذنها بالإستدانة على المدعى عليه عند الحاجة على سند من القول أن نفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط بمضى المدة بعد الفرض ، ذلك أن عدم سقوط النفقة بعد الفرض

---

(١) الخليفة - جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ - القضية ٤٣٣ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى .

(٢) الزيتون - جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ - القضية ١٧٦٨ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى .

ليس مبرراً فى القانون لعدم الأمر بالإستدانة ، ويجوز قانوناً فى نفقة الزوجية الإذن بالإستدانة للزوجة ، لأن أمر القاضى يجعل إستدانتها بالنيابة عن الزوج حكماً (١) .

١٦- دعوى نفقة لزوجة وصغير مقامة من زوجة مصرية ضد زوج ليبى ... قررت المحكمة أن النزاع ذو عنصر أجنبى مما يتعين معه معرفة القانون الواجب التطبيق ، وبالنسبة لنفقة المدعية فالأصل طبقًا للمادة ١٣/١من القانون المدنى أنه يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال ومنه حق الزوجة فى النفقة إلا أنه متى كانت الزوجة مصرية وقت إنعقاد الزواج ، فإن القانون المصرى وحده الواجب التطبيق عملاً بالمادة ١٤ من القانون المدنى بالنسبة لنفقة الزوجة ويتعين بالتالى تطبيق المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تقضى بإعمال الراجح عن مذاهب أبى حنيفة فيما لم يتناوله المشرع الوضعى بالتقنين .

وقررت المحكمة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها جزاء الإحتباس وتعتبر ديناً من تاريخ الإمتناع لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء عملاً بالمادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وتقدر حسب حال الزوج يسراً وعسُراً بالمادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أنزلت المحكمة هذه القواعد على واقعة الدعوى منتهية صحيحًا إلى إلزام المدعى عليه بأداء نفقة لزوجته المدعية قدرتها تقديراً سليماً بعد أن إستبعدت ما طلبته من أجر خادم ، لأن حالة المدعى عليه ووضعه لا يسمحان به .

كما قررت بالنسبة لنفقة الصغيرة أنها نفقة أقارب يسرى على الإلتزام بها قانون المدين بها عملاً بالمادة ١٥ من القانون المدنى ، وإذا كان القانون الأجنبى يعتبر واقعة مادية لا يفترض على القاضى العلم بها ، ويتعين على من يتمسك به إثباتها ، ولذلك قررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة

---

(١) الزيتون - جلسة ١٩٧٥/١/٢١ - القضية ٢١٣ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى .

(جـ) وعلى منطقة الخاطىء ، فإنه أعمل فى مدونات أحكام التقنين المدنى الخاصة بحجية الشىء المقضى ، حالة أن المادة ١٠١ إثبات قد ألغيت المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى ، بما يشوبه بالخطأ فى الإسناد (١) .

١٣٧- الأصول الفقهية الشرعية فى النفقات :

(١) ثار فى الفقه تساؤل فيما إذا كان علاج الزوجة من أحكام النفقات الواجبة على الزوج شرعاً ، وقاسوا أمر الزوجة بالعين المؤجرة ، وقالوا أن الزوج غير ملتزم شرعاً بعلاج زوجته المريضة فلا يلزم بأجر الطبيب ولا بثمن الأدوية إذ أن الهدف من كل ذلك هو إصلاح جسمها تماماً كما هو شأن مستأجر الدار الذى يستحق الإنتفاع ، ولا يلتزم بإعادة ما يسقط من أجزاء البناء ولا بالمحافظة على أصوله .

وتطبق محاكم الإقليم المصرى هذا الحكم حتى اليوم ، أخذاً بالفقه الحنفى، وهو ذات الحكم الذى تأخذ به بقية المذاهب الأخرى (الحنبلى ، والمالكى ، والشافعى) ، وجمهور المجتهدين .

ولكن قياس رابطة الزوجية التى تقوم على المودة والرحمة والإستقرار، بعلاقة المستأجر بالدار ، غير سائغ فكيف يقبل القول بأن الزوجة إذا مرضت تترك فريسة للداء أو عالة على ذويها ، وهى التى آثرت رعاية زوجها وأولادها منه ومصالحهم ، فلا أقل من أن يرد إليها بعض المعروف بما أسلفت فى أيام صحتها ، «وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان» .

لقد تقدم الطب وعنيت الدول بأمر تعميمه ، بحيث صار كالمأكل والملبس ، بل أنها عنيت بعلاج الحيوان والرفق به .

وقد أثر عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه أمر أهله وأصحابه بالتداوى من المرض والجروح ، كما أمر سعداً بالذهاب إلى الطبيب ، ويعث طبيباً إلى أبى بن كعب ، وقال : « تداووا لكل داء دواء » ، وإحتجم ، وأعطى أبا طيبة أجرة الحجامة .

---

(١) بندر شبين الكوم – جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ – القضية ٦١ سنة ١٩٧٤ احوال جزئى .

وإتجه إليه فقهاء الشيعة الزيدية ، والإقليم السورى ، والمغرب ، وتونس .

وليس فى فرض علاج الزوجة إرهاقًا للزوج ، لأن هذا الإلتزام مقيداً بما تسمح به حال الزوج، بل هو ألزم من أجرة الخادم التى تجب للزينة والتنعيم وتقضى بها المحاكم حسب حال المنفق (١) .

(٢) يصح الإتفاق بين المطلقة ومطلقها على تقدير أجرة حضانة وأجر إرضاع ونفقة الصغير الذى سيولد لهما ، ويقع الإتفاق صحيحاً ونافذاً قانوناً ، ويسرى من وقت ولادة الصغير ، وعلى ذلك عمل المحاكم .

(٣) المقرر فقهاً أنه إذا عجل الزوج النفقة لزوجته عن مدة مستقبلة ، ثم حدث خلالها ما يستوجب سقوط نفقتها لنشوز أو موت ، فليس للزوج أو لورثته الحق فى طلب إسترداد ما بقى من النفقة المعجلة ، سواء أكانت قائمة أو مستهلكة ، على سند من القول بأنه وإن كانت نفقة الزوجة على زوجها للإحتباس ، إلا أن فيها معنى الهبة ، والمقرر أن هبة المنقول تتم بالقبض ، وأن الزوجية من موانع الرجوع فى الهبة .

(٤) من حق صاحب اليد على الصغير – ولو لم تكن ممن لهن الحق فى حضانته شرعاً – أن تطالب والده بنفقته وأجر المسكن والخادم ، وأجر الحضانة والإرضاع ، ويكون الحكم بالنفقة وأجر المسكن والخادم من يوم الحكم إلى بلوغ الصغير التاسعة ، وأجر الإرضاع من يوم ولادته ولمدة لا تزيد عن حولين (عامين) كاملين .

---

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية لصديق خان – جزء ٢ – ص٧٨ ، ٧٩ – الطبعة المنيرية ، والبحر الزخار – جزء ٣ – س٢٧٢ ، والمنتزع المختار – جزء ٢ – ص٥٣٤ ، ونيل الأوطار – جزء ٩ – ص٩٤ ، والدر المنتقى – ص١٥ – ص٤٩٩ ، والفواكه الدوائى – جزء ٢ ص٢٢٣ ، والمغنى والشرح الكبير جزء ٩ – ص٢٣٥ ، ومغنى المحتاج – جزء ٣ س٤٣١ ، وتيسير الوصول – جزء ٣ – ص١٢٩ و ١٣٠ ، وفتوى الشيخ عبد المجيد سليم – المحاماة الشرعية – السنة ٦ – ص٤٨١ ، والمادة ٨١ قانون الأحوال الشخصية السورى ، والفصل ١/٣٥ مغربى والفصل ٥٠ تونسى .

(٥) يصح شرعاً وقانوناً الإتفاق المبرم بين المطلقة والمطلق على إلتزام الأخير بنفقة الحمل المستكن بجميع أنواعها وأجرى الحضانة والإرضاع وأجر المسكن ، على أن يسرى هذا الإتفاق بعد إنفصال الجنين حياً .

(٦) للأخ الفقير العاجز عن الكسب الحق شرعاً فى مطالبة أخته بالنفقة ، متى كانت موسرة ويفيض عن كسبها ما يتسع لنفقته ، وهذا هو الأصل المقرر شرعًا في وجوب نفقة الأقارب وإستحقاقها ، دون إعتداد فى ذلك بالذكورة والأنوثة .

(٧) يذهب أكثرية من أئمة الفقه الإسلامي إلى وجوب نفقة الأبوين الفقيرين العاجزين عن إبنهما المسلم الموسر وإن إختلفا ديناً ، لقوله تعالى «وبالوالدين إحسانا » ولقوله جل شأنه « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً » ، ووجه الإستدلال فى هاتين الآيتين الكريمتين أنهما لم تفرقا فى الحكم بين الأبوين المسلمين وغير المسلمين ، فكان المستفاد من حكمها وجوب الإتفاق عليها ، لأن فيه إستدامة للمودة والصلة ، إذ من غير العدل أن يعيش الإبن فى يسر ويترك والديه فى حرمان وفقر ، كما أن فى الإمتناع عن الإنفاق عليهما ضرراً يصيبها وهو أمر ممنوع لقول الله تعالى : « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهم قولاً كريما » .

(٨) ليس للزوج أن يسترد ما بقى من النفقة المعجلة لمدة معلومة توفيت الزوجة خلالها ، ذلك لأن المقرر شرعًا أن النفقة نوع من الصلة والصلة بين الزوجين لا رجوع فيها و كما أنه من غير الجائز خصم هذا الباقى من أجل صداقها ، فللزوج نصيبه الميراثى فيه ولورثة زوجته باقية.

(٩) المقرر شرعاً فرض أجر حضانة لحضانة الصغير لقاء رعايته وتدبير شئونه وإحتسابها على مصلحته ، بغير تفريق بين الحضانة المثقفة وغير المثقفة ، والعمل القضائى لا يزال جارياً على أجر الحضانة كالنفقة يراعي فى تقديره يسار – أو إعسار – من تجب عليه نفقة الصغير .

(١٠) إختلف رجال القانون حول وجوب إستصدار إذن من المحكمة فى شأن رفع دعوى نفقة وأجور حضانة ومسكن وخدمة صغير ممن لا

تعد حضانة شرعية له ، أخذاً بحكم المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها : فذهب رأى – إلى وجوب الحصول على إذن من المحكمة الجزئية برفع الدعوى ومباشرتها والمقاضاة فى حقوق الصغير على أبيه ، إستناداً إلى وجوب قيام الصفة فى مخاصمة الأب ، خاصة وأن المدعية هنا ليست ممن لهن حق حضانة الصغير .

وذهب رأى آخر – إلى القول بأنه ليس هناك محل لإستصدار إذن من المحكمة بالخصومة فى الدعوى ، إستناداً إلى أن مثل هذه الدعوى ترفع حسبة لوجه الله تعالى لتعلقها بإحياء نفس بشرية ودفع الهلاك ، وإن إحياء النفس البشرية من حقوق الله تعالى وحقوق الله سبحانه – بصفة عامة – ترفع بها الدعاوى حسبة .

(١١) المقرر شرعاً وقانوناً أن النفقة من الحقوق الخالصة للصغير ولا يملك أحد التنازل عنها أياً كانت صفته بالنسبة للصغير – حاضناً كان أو غير حاضناً يده عليه – فإذا تجاوزت الصغيرة الرابعة عشرة من عمرها ، فإنها قد تكون بلغت بالعلامات ، ومن ثم فلا ولاية للوصية عليها وتملك المطالبة بنفقتها ، بعد أن أصبحت البنت أهلاً للخصومة شرعاً ، لها أن ترفع الدعوى ضد والدها بطلب الحكم بإنتقال المفروض لنفقتها ليؤدى إليها شخصياً . وإذا كان هذا الأب قد تصرف فى جميع أملاكه لأولاده من زوجة أخرى بقصد حرمان تلك البنت من تركته مستقبلاً ، فإنه بهذا الذى فعله يكون مبغضاً لها ، وهذا البغض وحده يعد مبرراً سائغًا يمنع من ضمها إليه .

(١٢) يحق للوارث شرعاً أن يقيم الدعوى بطلب إبطال حكم النفقة عن ثلاث سنوات وما إستجد منها ، إستناداً إلى التواطؤ بقصد إستيلاء زوجة المورث على معظم تركته .

(١٣) المقرر فى الأصول الشرعية أن ردة الزوجة المسيحية التى كانت قد إعتنقت الإسلام وعودتها إلى دينها السابق تبطل عقد زواجهما ، وتوجب إيقاع الفرقة بينهما من تاريخ حصول الردة ،وتصبح الزوجة المرتدة ناشزاً ، والناشز لا نفقة لها ، لأن الفرقة جاءت بسبب من جانبها ،

وأنها فوتت على زوجها ماله عليها من حقوق ، وبإنفساخ عقد الزواج لردة الزوجة يسقط حق الزوجة فى النفقة التى كانت واجبة لها على زوجها .

(١٤) المقرر شرعًا أن الزوجة لا تستحق على زوجها المتوفى ولا على ورثته نفقة عدة ، تأسيساً على أن النفقة حق شخصى مستمد من عقد الزواج ، وبوفاة الزوج ينتهى العقد ولا يبقى منه إلا حق الإرشاد ، وثبوت نسب الأولاد .

(١٥) ليس فى التشريع الإسلامى نص صريح ومحدد يقضى بإلزام الأب وغيره بأداء المصروفات المدرسية ومصاريف علاج الأولاد وأجر العمليات الجراحية لهم ، عن الماضى ، إعتداداً بأن ذلك من نفقة الصغار التى لا يقضى بها إلا من يوم صدور الحكم ، ولا يجوز فرضها عن مدة ماضية .

إلا أن القضاء الشرعى قد إستقر على القضاء بهذه الأنواع من النفقات عن الماضى قياساً على أجرة الحضانة وأجر الإرضاع ، اللذان يستحقان عن الماضى بالإضافة إلى أن فى الأخذ بهذا النظر تحقيق مصلحة الصغير وصيانة له من الهلاك ، وحفظاً لمستقبله فى طلب العلم .

(١٦) لا تستحق الزوجة على زوجها نفقة تزيد على ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى ، كما لا يقضى بنفقة للأولاد إلا من يوم الحكم .

(١٧) أن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة المعمول به فى قضايا الأحوال الشخصية إنه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة ، فللزوجة المهر كاملاً ، فإذا توفيت الزوجة فإن لورثتها الحق فى المطالبة به فإنها تجب بسبب عقد الزواج .

(١٨) إن المقرر شرعاً أن الطلاق قبل الدخول والخلوة يخول للمطلقة النفقة من اليوم التالى لعقد الزواج حتى تاريخ الطلاق ، وإذا كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة يقع بائناً ، ولا تعتد المطلقة بسببه ، فإنه بالتالى فلا نفقة لها بعد الطلاق .

(١٩) المقرر فى القانون عدم جواز المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ، وذلك دفعًا لصاحب الحق كى يبادر إلى المطالبة بحقه بحيث لا

يتأخر أكثر من ثلاث سنوات ، وجعل عن طريق منع سماع الدعوى تجنباً لإرهاق الطرف الآخر المطالب بالنفقة ، ولكيلا يكون فى تأخير المطالبة بها وسيلة إلى الكيد ، وهذا المنع خاص برفع دعوى المطالبة بالنفقة إبتداء . أما التنفيذ بطريق الحبس فإنه ليس فى حقيقته دعوى ، ولكنه وسيلة إلى تنفيذ ما حكم به جبراً ، شأنها شأن التنفيذ بطريق الحجز ، وأن المقرر فى القانون أن للتنفيذ بأى طريق آخر لا يسقط حقه إلا بعد خمسة عشر سنة . وإذا قضى بحبس المحكوم عليه تنفيذاً لمتجمد النفقة ، ونفذ الحكم بحبس المدعى عليه ، فلا يمنع ذلك من التنفيذ بالمتجمد بطرق التنفيذ الأخرى (الحجز الإدارى – أو الحجز التنفيذى) .

(٢٠) المقرر شرعاً أن ما تجمد لنفقة الأولاد وكان قد صدر به حكم على أبيهم ، يدخل فى تركة أمهم المتوفاة ، لأنه صار من حقوقها ، ومن ثم يقسم على الورثة كسائر عناصر التركة .

(٢١) المقرر شرعاً أن الحكم بعقوبة مقيدة للحرية لا يعتبر سبباً من أسباب الحجز ، لا فى الشريعة الإسلامية ولا فى غيرها من القوانين الأخرى ، وتبقى للمسجون أهليته كاملة ، وله حق ممارسة جميع التصرفات الناقلة للملكية وعلى الأخص ما تعلق بأموره الشخصية كدعوى النفقة وغيرها ، وعلى أن تعلن الدعوى إليه فى مواجهة مأمور السجن طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية الواجب التطبيق .

(٢٢) المقرر شرعاً أن الزوجة التى تصاب بالجنون لا تستحق على زوجها نفقة إذا كانت فى حالة من الهياج يتصور معها أن تعتدى على من حولها ، كما تسقط النفقة المفروضة لها لأنها تعتبر فى حكم الزوجة الناشز بفرات شرط الإحتباس ، ويستطيع الزوج أن يرفع دعوى ضم القيم عليها بطلب أمرها بالكف عن المفروض لنفقتها وإبطال نفقة أولادها لزوال يدها عليهم وإنتقالهم ليده ، ويستطيع بمقتضى الحكم الذى يصدر بالإبطال أن يرفع الحجز الذى قد تكون أوقعته على مرتبه بموجب حكم النفقة ، ومن حسن سير العمل القضائى أن يقوم الزوج بإدخال الممثل القانونى للجهة التى يعمل بها فى دعوى الإبطال ليصدر الحكم فى مواجهته .

(٢٣) المقرر بنص المادة ١٤٩ من التقنين العرفى للأقباط

الأرثوذوكس أنه إذا كان الأب معسراً ، فإن نفقة الإبن الفقير تجب على أمه إذا كانت موسرة .

(٢٤) فى نفقة الأخ على أخيه ، أن الفقير كما يرى الفقهاء وفى أظهر تعريف عندهم ، هو من ليس عنده ما يكفى حاجته الضرورية كلها أو بعضها ، فإن كان معدماً فرضت له النفقة حسب كفايته . وأن كان عنده ما يكفى حاجاته بأن كان يملك عقاراً وريعه ضئيل لا يكفيه ، ولو أنه باعه لأغناه ثمنه ولو بعض الوقت ، فإنه لا يعتبر فقيراً ، فإن كان ما يملكه عقار صغيراً لا يتسع لأكثر من سكناه ويسكنه بالفعل أو كان الزائد على سكناه لا يمكنه إلا مع القدر الذى يسكنه ، فإنه فى تلك الحالة يعد فقيراً وتجب نفقته على أقاربه الموسرين .

(٢٥) المقرر فى الفقه الشرعى أن تكفين الزوجة وما يصرف فى جنازتها واجب على زوجها ولو كانت موسرة ، إلا إذا قام بها مانع من وجوب النفقة لها ، كأن ناشزاً وقت الوفاة ،. فإن الزوج - عندئذ - يكون غير ملزم بتكاليف جنازتها وتكفينها .

(٢٦) لم يحدد التشريع الإسلامى مقدار ما يفرض لنفقة الزوجة على زوجها ، ولكن أفتى ببيان الإطار العام الذى تفرض النفقة فى حدوده ، فإذا كان الزوج موسراً ، فرضت لها عليه نفقة الموسرين ولو كانت من الأغنياء، وإن كان متوسطاً فى درجة يساره فرضت لها نفقة الوسط ، مع مراعاة أعباء الزوج العائلية ، وذلك إعمالاً لما تقضى به المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وعملاً بقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا » .

(٢٧) تستحق نفقة الصغير ويقضى بها من يوم الحكم ويستحق أجر حضانته وأجر إرضاعه من اليوم التالى لولادته ، على أن أجر الحضانة يستمر طالما كانت يد الحضانة على الصغير ، بينما يستمر أجر الإرضاع لمدة عامين .

(٢٨) المقرر شرعاً أن دين النفقة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء رفعت زوجة دعوى بطلب نفقة عن مدة سابقة ، وأثناء سير الدعوى طلقها زوجها

المدعى عليه ، وبعد فترة الطلاق توفيت ، دون أن تستوفى نفقتها أو تبرىء الزوج منها فإنه يحق لورثتها إستيفاء هذا الدين إلى تاريخ الوفاة إن كانت وفاتها قبل إنقضاء عدتها ، فإن كانت الوفاة بعد إنقضاء العدة ، فإن لهم الحق فى إستيفاء دين النفقة عن المدة السابقة على الطلاق ، والمدة اللاحقة إلى إنقضاء عدتها .

(٢٩) المقرر شرعاً وبإجماع الفقهاء أن سفر الزوجة بعد إذن زوجها يسقط حقها فى النفقة عليها ، كما أن هروبها مع أجنبى عنها يسقط الحق فى نفقتها كذلك أخذاً بما هو مقرر من أن النفقة تجب للزوجة على زوجها مقابل إحتباسها على مصالحه ، فسفرها بغير إذن من الزوج وهروبها كلاهما يفوت على الزوج حقه فى الإحتباس ، ومن ثم فلا نفقة لها عليه طالما بقيت على هذه الحالة .

(٣٠) المقرر شرعاً أن نفقة الإبن الفقير على أبيه لا يشاركه أحد ، فلا تجب على الأم ولو كانت موسرة وكان أبوه فقيراً .

(٣١) من المقرر شرعًا أنه إذا حددت نفقة الزوجة أو الأولاد وأجور حضانتهم وغيرها من سائر الأنواع بورقة عرفية ، ثم رأت الزوجة أو المطلقة أن المتفق عليه لا يكفى ، فإن لها أن ترفع الأمر للقضاء بطلب الزيادة، وللقاضى أن يتدخل ويزيد المفروض إذا كان فى المقدار المتفق عليه غبن فاحش بالنسبة لها ، ويحدد الفقهاء الغبن الفاحش فى النفقات بما يزيد على خمس سنوات .

(٣٢) المقرر شرعاً أنه متى كان الزوج فقيراً وعاجزاً عن الكسب فإن نفقة زوجته تكون على أولاده ولو لم تكن والدتهم .

(٣٣) تقضى المادة ٢١ من التقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس بإلزام الزوجة الموسرة بنفقة زوجها المعسر إذا كان عاجزاً عن الكسب أقامت دعوى بطلب نفقة فللزوج أن يدفعها بيسارها وبفقره وإعساره ، وأن يلزمها فى ذات الوقت بفرض نفقة له عليها .

(٣٤) المقرر شرعاً أنه لاتجب نفقة إبنة الأخ على أعمامها إذا كان لها أخ موسر ، إستناداً إلى أن الأخ يرث أخته ويحجب أعمامه فى الميراث فتجب عليه نفقتها ، لأن الغرم بالغنم .

(٣٥) الإقرار الصادر من زوجة بإستلام مبلغ كبير لنفقة الصغير معجلة من أبيه العاطل ، يعد إقراراً بمستحيل وهو باطل شرعاً ، ولا يحول هذا الإقرار دون القضاء بنفقة للولد وأجور حضانته وغيرهما متى صار الأب من الأثرياء ، وعلى المدعية عبء الإثبات .

(٣٦) المقرر فى الفقه الشرعى أنه إذا مرضت الزوجة فى بيت زوجها وإنتقلت إلى بيت أهلها ، فإن طالبها زوجها بالعودة إلى بيت الزوجية ولم تكن تستطيع الإنتقال فلها نفقة ، فإن إمتنعت عن الإنتقال مع القدرة عليه فلا نفقة لها ، وعلة ذلك أن الإحتباس الموجب للنفقة قد تم كاملاً والمرض جاء عارضاً ، وهو قابل للزوال والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة.

(٣٧) المقرر فى الفقه الشرعى أنه إذا لم يكن للفقير العاجز عن الكسب أحد من أصوله ولا من فروعه ، فإن نفقته تجب على الموجود من أقاربه ، فإن كانوا أكثر من واحد ، فإن النفقة لا تفرض إلا على من يستحق منهم فى ميراثه بنسبة نصيبهم فيه ، وبالشروط التالية :

أ- أن يكون طالب النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب .

ب- أن يكون متحداً فى الدين مع من تجب عليه نفقته .

جـ- أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً ويفيض منه بعد نفقته الخاصة ونفقة من يعولهم من أولاده وزوجته ما يكفى لنفقة قريبه العاجز عن الكسب فإذا كان طالب النفقة مختلفاً فى الدين (مسلماً) مع الموجودين من أقاربه وهم ليسوا أصولاً ولا فروعاً له ، فإن نفقته لا تجب عليهم .

(٣٨) المقرر شرعاً أن نفقة القريب صلة وهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا ما دفعت للقريب دون إكراه وجبر ، تأسيساً على أن القرابة (الأخوة) من موانع الرجوع فى الهبة .

(٣٩) أن تقدير النفقة وأجر الحضانة وغيرها من أنواع النفقات للحمل قبل ولادته ملزم لمن قدرها على نفسه ما دام أنها واجبة عليه ، ولا يؤثر فى قيام هذا الإلتزام أن الحمل لم يكن قد إنفصل وقت الإتفاق على التقدير بناء على ما هو مقرر قانوناً من أن الوصية جائزة للجنين قبل ولادته .

(٤٠) إقرار المطلقة - فى محرر عرفى - بالإبراء من أى حق مالى

قبل مطلقها ، لا ينسحب أثره على نفقة الصغار وأجور الحضانة والمسكن والخدمة المقررة لهم شرعاً ، ذلك أن حقوق الزوجة تختلف عن حقوق الأولاد ، بينما حق الأولاد فى النفقة على أبيهم واجب لإحياء النفس لأنهم جزؤه .

(٤١) المقرر شرعاً أن مصاريف العلاج من أجر الطبيب وثمن الدواء تعتبر من ضمن الكفاية الواجبة فى نفقة الأولاد ، ذلك أن نفقة الأولاد تقدر حسب ما يكفيهم . وأن كفايتهم مقصورة على الطعام والمسكن والكسوة ، إذ أن أجر الطبيب وثمن الدواء أمران لابد منهما عند المرض ، وعليهما تتوقف حياة المريض كما تتوقف حياته على الطعام أثناء الصحة .

(٤٢) المقرر شرعًا أن دين نفقة الزوجة على زوجها لا يسقط بوفاتها إذا كانت مستحقة لها قانوناً ، ويحكم بها من تاريخ الإمتناع عن أدائها ، ويعتبر ديناً بعد الحكم بها ويقسم على ورثتها الشرعيين .

(٤٣) المقرر شرعًا أنه إذا كان الأب معسراً وليس به ما يمنعه من العمل والتكسب ، فإن نفقة أولاده لا تسقط عنه بسبب إعساره ، وعليه أن يعمل ليتكسب وينفق على أولاده ، فإن إمتنع عن العمل أجبر على ذلك ، فإن كان يتكسب ولكن كسبه لا يكفى للإنفاق على أولاده أو لم يكن يتكسب أصلاً ، فإن كان عاطلاً أو كسدت تجارته ومهنته فعندئذ يؤمر أقاربه – الذين تجب نفقة أولاده عليهم بعده – بالإنفاق عليهم نيابة عنه ، ليكون ديناً عليه يؤديه إليهم عند يسره ، فإن كانت أم الأولاد موسرة فإنها تكون هى الأولى بالإنفاق على أولادها من سائر الأقارب . ويكون ما تنفقه عليهم ديناً على الأب يرده إليها عند ميسرته .

(٤٤) المقرر شرعاً أن أجر الحضانة وأجر الإرضاع لا يسقطان بمضى المدة ولا يدخلان فى مفهوم المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية التى تمنع سماع دعوى النفقة لأكثر من ثلاث سنوات سابقة على تقديم الدعوى . فذلك خاص بنفقة الزوجة ، أما أجر الحضانة وأجر الإرضاع فأى واحد منهما لا يسقط بمضى المدة ، تأسيساً على أنه أجر عمل متعين الأداء فور القيام به ، وأجر الحضانة وأجر الإرضاع يستحقان للأم من اليوم التالى لطلاقها إن كان الطلاق على الإبراء .

(٤٥) المقرر شرعاً أن بدل الفرش والغطاء من الحقوق التى يلتزم بها الزوج لزوجته وأولاده ، ولا يدخل مفهوم النفقة ولا مشتملاتها ، وهى الطعام والكسوة والمسكن والخدمة ، إذا كان الأب أو الزوج ممن يخدم ، ومن ثم فإن الحكم بالنفقة والأجور لا يتضمن بدل الفرش والغطاء ، ومن حق المحكوم لها أن تقاضى بشأن بدل الفرش والغطاء .

(٤٦) المقرر شرعًا أن حق الحاضنة فى حضانة الصغير يسقط إذا إنتقلت به إلى بلد بعيد لم يكن وطنًا لها ولم يعقد عليها فيه ، إلا أن سقوط حقها فى الحضانة لا يمنع من إستحقاقها لأجر الحضانة لأنه مقابل عملها ، والعمل لازم للصغير ، ولا تسقط نفقة الصغير كذلك لأنها قوام حياته وهو لا شأن له بإنتقالها .

(٤٧) المقرر شرعًا أن نفقة الصغير الفقير تجب على أبيه شرعاً لا يشاركه فيها أحد ، وأن نفقة الصغير تشمل الطعام والمسكن والكسوة وأجر خادمة إن كان من تجب عليه نفقة ممن يخدمون ، ولا يغير من ذلك أن تكون المطلقة تسكن بالصغير فى فيلا مملوكة لأبيها بالمجان ذلك أن سكنى الحاضنة بالمجان فى مسكن متبرع به لا يسقط الإلتزام بأجر المسكن عمن تجب عليه نفقة الصغير ، طالما أنها لا تسكن فى بيت مملوك لها ، فقد يرجع المتبرع عما تبرع به .

(٤٨) المقرر شرعاً أنه إذا عجل الأب القبض للأم مقابل نفقة إبنه ، وأجرة حضانته ، وإرضاعه ، ومسكنه ، وخدمته ثم أضاعت ما أوصل لها ، فإن الأب يلزم بنفقة إبنه من طعام وكسوة ، ومسكن وخادم ، رعاية للصغير ، وحتى لا يضيع هو الآخر . أما أجر الحضانة فإنه لا يعاد فرضها، وكذلك أجر الإرضاع إن كان الصغير فى سن الإرضاع وكانت قادرة على إرضاعه ، وللأب أن يرجع عليها بما فرض لها ثانياً إذا أيسرت .

(٤٩) المقرر شرعًا أنه إذا إجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أصل كالأب وفرع كالإبن (ذكر كان أم انثى) ، وكان الأصل والفرع كلاهما موسر ، فإن النفقة تجب على الفرع (أى عم الإبن والبنت) ولا تجب على الأب ، كما تجب نفقة الأخ العاجز عن الكسب وطالب العلم على أخته شرعاً متى كانت موسرة .

(٥٠) المقرر جواز زيادة أجر المسكن إن كان ما تؤديه الحاضنة لأجر مسكن الحضانة أكثر مما هو محكوم به .

(٥١) إذا كانت النفقة المتفق عليها مع والد الصغير بورقة عرفية – دون كفايته ، وكان الثابت أن فى يسار من تجب نفقته عليه ما يتسع لزيادتها ، كان من حق من فى يده الصغير أن يرفع دعوى على والد الصغير يأمره بأداء ما فرضه على نفسه بالورقة العرفية ، وزيادته بما يتناسب مع درجة يساره ، على انه يقع على عاتق من بيده الصغير إثبات عناصر اليسار المدعى به .

(٥٢) وقضى فى دعوى بطلب إبطال المفروض لأجر الحضانة ... لتجاوز الولد (أشرف) أقصى سن الحضانة ... وقد طالب المدعى المدعى عليها بكف يدها عن مطالبته بالمفروض لأجر الحضانة ،ولكنها أبت بغير حق شرعى ... وختم الصحيفة بطلب الحكم بأمرها بكف يدها عن التعرض له بالمفروض لأجر الحضانة .. مع إلزامها بالمصاريف والأتعاب .

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٢٢ حكمت المحكمة غيابياً على المدعى عليها بكف يدها عن المفروض لأجر الحضانة بموجب الحكم رقم ٩٨١ لسنة ١٩٦٧ شرعى مستأنف القاهرة إعتباراً من ١٩٧٤/٩/١٧ وأمرتها بعدم التعرض له بما هو مفروض بموجب ذلك الحكم وألزمتها بالمصاريف ومبلغ مائة قرشاً مقابل أتعاب المحاماة (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أن المقرر شرعاً أن الحضانة عمل، وتؤجر الأم عليه متى كانت لا تستحق على والد الصغير نفقة ، متى كانت مطلقة طلاقاً بائناً ، لأنها فى هذه الحالة كالأجنبية ، ما لم تتنازل ، فليس عليها إلتزام بأداء هذا العمل بغير أجر بالإتفاق . إما إذا سقط حق الحاضنة فى الحضانة، ومع ذلك ظلت تحضن الصغير فإنها تستحق أجر حضانة ، لأن الحضانة عمل وأجرة الحضانة تعتمد اليد ، ويزول أجر الحضانة بزوال اليد – لما كان ذلك وكان الحكم لمن يبين فى مدوناته زوال يد المدعى عليها على الصغير الذى تجاوز أقصى سن الحضانة وإذا سقط حقها فى أجر حضانته

---

(١) الخليفة – جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٢ – القضية ٤٥٣ سنة ١٩٧٤ احوال نفس جزئى .

برغم ذلك ، فإنه يكون مشوباً بالقصور ومخالفاً للأصول الشرعية .

(٥٣) وقضى في دعوى أقامتها الزوجة طالبة حكماً يفرض لها على زوجها النفقة ...

وبجلسة ١٩٧٣/٤/٨ حكمت المحكمة بالفرض ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الزوجة على موجب المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقدر بحسب حالة الزوج يسراً وعسراً ، وكان الحكم لما يستظهر حال الزوج ولم يعرض من الوقائع والأوراق ما يكشف عن مصادر تقديره النفقة ، كما لم يبين دلالة دفع رسم الدعوى من تاريخ ترك الإنفاق فإنه يكون قاصر البيان غير محمول .

حكم الكفالة في النفقة:

١٣٨- أقامت المدعية هذه الدعوى ضد زوجها وضد كفيله طالبة الحكم على زوجها بنفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل الفرش والغطاء من أول يناير سنة ١٩٧٤ ومن يوم الحكم نفقة طعام وكسوة وبدل فرش وغطاء بنتهما (حنان) ونفقة إصلاح شأن وكسوة وبدل فرش وغطاء بنتهما (فاطمة) وأمره بالأداء إليها وأمر المدعى عليه الثاني (الكفيل) بأداء ما يفرض على زوجها لنفقتهما وإلزامهما بالمصاريف والأتعاب .

بحث الحكم أن ما يجب على الكفيل إنما هو الواجب على الأصيل (الزوج) بقدر حاله يسراً وعسراً ، وأن يسار الكفيل أو عسره لا يدخل في نطاق تقدير نفقة الزوجة على زوجها ، لأن الكفالة في الفقه الحنفي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مشيراً إلى نصوص القانون في هذا الوضع ونصوص من الفقه الحنفي (٢) .

---

(١) مصر القديمة – جلسة ١٩٧٣/٤/٨ – القضية ٨٢٦ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئي ، والقضايا ١٠٨٠ سنة ١٩٧٣ و ١٨ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس حلوان ، ٧٦٢ سنة ١٩٧٢ و ٢٢ و ١٥٦ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس مصر القديمة .

(٢) قويسنا – جلسة ١٩٧٤/١١/١٤ – القضية رقم ٢٤٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئي .

من الملتزم بأداء نفقة الطالبة الجامعية :

١٣٩ – دعوى نفقة أقارب مقامة من طالبة جامعية ضد عمها الشقيق بطلب الحكم عليه بنفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل الفرش والغطاء ومصاريف وثمن كتب الجامعة وإذنها بالإستدانة عليه عند الإمتناع وإلزامه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

وبإعلان لاحق عدلت المدعية طلباتها بطلب الحكم لها على أخوتها لأبيها بتكملة نفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل الفرش والغطاء ومصاريف وثمن كتب الجامعة لمرحلة تعليمها وأمر عمها الشقيق بأداء ما يفرض لها على أخويها لأبيها ليرجع بما يؤديه إليه عليها إذا أيسر وإذنها بالإستدانة عليهما عند الإمتناع وعلى أن يكون ذلك من يوم الحكم مع إلزامهم بالمصاريف والأتعاب ...

وبجلسة ١٩٧٥/٢/١٦ حكمت المحكمة غيابيًا على المدعى عليهما الأول والثانى بأن يؤديا للمدعية شهريًا من اليوم خمسة جنيهات لنفقتها وبدل الفرش والغطاء مناصفة بينهما وكل سنة أول العام الدراسى عشرين جنيهاً إعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ إلى تخرجها لرسوم الكلية وثمن الكتب وأمرت المدعى عليه الثالث بالأداء إليها أولاً من مالها الذى تحت يده وبعد نفاذه يرجع بالباقى على المدعى عليهما الأول والثانى عند يسارهما وإذنهما بالإستدانة على المدعى عليه الثالث عند الحاجة وألزمته مصاريف الدعوى ومائة قرش مقابل أتعاب محاماة (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كانت نصوص المذهب الحنفى التى تحكم الموضوع تقضى بأنه إذا إجتمع فى قرابة طالب النفقة أصل وحاشية ، وكان أحد الصنفين غير وارث إعتبر الأصول وحدهم ترجيحاً للجزئية – لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم أن أم المدعية على قيد الحياة وأنها تشاركها فى ملكية مساحة ٩س و٧ط أطياناً زراعية ، فإن الحكم إذ قضى بالنفقة قبل

---

(١) دكرنس – جلسة ١٩٧٥/٢/١٩ – القضية ١٠٤ سنة ١٩٧٤ احوال نفس .

الأخوين الأب والعم الشقيق دون أن يعرض لتمحيص يسار الأم ، فإنه يكون قد عاره قصور ، ذلك لأن الأم هى أصل وارثة للمدعية والعم لا يرثها لوجود أخويها لأبيها ، ولو إلتفت الحكم إلى ذلك لجاز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى (رسالة تحرير العقول فى نفقة الفروع والأصول لإبن عابدين . وحاشية على الدر المحتار - باب النفقة - جزء ٢ ص١٥٠١ - المطبعة الأميرية) .

(ب) أنه - وعلى منطق الحكم الخاطىء - قد ثبت أن أخوى المدعية لأبيها (المدعى عليهما الأول والثانى) لا يفضل من كسبهما شىء ، وإذ قضى الحكم مع ذلك - بفرض نفقتها عليهما فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، لأن مقتضى ما قرره الحكم وإنتهى إليه أن هذين المدعى عليهما فقيران ، وإذا كان كذلك فلا تجب عليهما النفقة لأختهما المدعية فرضاً ولا أداء ، إذ أن نفقة الأقارب لا تجب إلا على القريب الموسر الذى يفضل من كسبه ما يفى بنفقة الطالب الفقير لأنها تجب بطريق الصلة والصلات تجب على الأغنياء دون الفقراء (بدائع الصنائع - جزء ٤ - ص٣٢ ، والفتاوى الخيرية - ص١١٨ و ١١٩ ، وتنقيح الحامدية - جزء ١ - ص٨١ ، رسالة تحرير العقول - لإبن عابدين - جزء ١- ٢٨٨ - بمجموع رسائله) .

(جـ) مخالفته القانون بقضائه بما لم يطلب ، ذلك بأن المدعية طلبت الحكم على عمها الشقيق بتكملة نفقتها ، فى حين أن الحكم قضى قبل العم بأن يؤدى إليها أولاً من مالها الذى تحت يده وثانياً وبعد نفاذه يرجع بالباقى على أخويها لأبيها إذا أيسر وهو ما لم يطلب القضاء به .

(د) قيامه على أساس قانونى خاطىء لقضائه بإستحقاق المدعية للنفقة بإعتبار أنها فى حكم الفقير ، قياساً على حكم إبن السبيل الموسر الذى إستحق الزكاة لبعد يده عن ماله ، حال أن القياس يكون على صاحب المال الغائب الذى نص الفقهاء على إستحقاقه للنفقة على الغير حتى يحصر ماله (الدر المختار للحصكفى وحاشية رد المحتار - لإبن عابدين - جزء ٢ ص١٠٣٧ - فى باب النفقة) .

أصول قضائية فى نفقات الأقارب :

المقرر فى الأصول الشرعية أن نفقة الفرع الصغير العاجز عن الكسب

عن أصله الموسر بقدر الكفاية ، لأن جزؤه ، وجزء المرء فى معنى نفسه ، وجاء فى كتاب الهداية صفحة ٣٦ جزء ٢ : « وتجب نفقة الإبنة البالغة ، والإبن البالغ الشرعيين عى أبويه أثلاثاً على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث ، لأن الميراث لهما على هذا المقدار ، وهذه رواية الخصاف والحسن رحمة الله ، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى : « وعلى المولود رزقهن وكسوتهن » والمولود له هو الأب (١) .

نفقة الأقارب :

أقامها الأب ضد إبنه بطلب فرض تكملة نفقة له ولمن يعولهم من زوجة وأولاد من يوم الحكم مع إذنه بالإستدانة عليه عند الإمتناع وإلزامه بالمصاريف .

وبجلسة ١٩٧٤/٤/٢٣ قضت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصروفات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت للأصل الفقير على فرعه الموسر نفقة بقدر كفاية الأصل وفى الفائض للفرع بعد نفقته ونفقة من يعولهم ، فإن كان للأصل مال يفى بنفقته ، كان له فى الفائض عن مال فرعه بقدر ما يكمل نفقته لما كان ذلك ، وكان الحكم ، وإن حصل أن للأب المدعى مالاً ، لم يتعرض لكفاية هذا المال ووفاته بنفقة الأب ، ولا لما أثار هذا الأخير من عدم كفايته وإحتياجاته إلى التكملة ، فإنه يكون فضلاً عن قصوره قد خالف القانون .

دعوى نفقة أقارب :

مقامة من الأم المدعية قبل أولادها الأربعة تستأديهم نفقتهم عليهم مع إذنها بالإستدانة عند الإقتضاء وإلزامهم بالمصروفات إستناداً إلى أنها فقيرة وخالية من الأزواج وعدتهم وبالجلسة حضر المدعى عليه الأول والثالث والرابع وبسطوا حالتهم المالية كما شرحوا حالة أخيهم الغائب

---

(١) القضية ٢٨٧ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى بندر شبين الكوم .

(٢) الخانكة – جلسة ١٩٧٤/٤/٢٣ – القضية ٨٧ سنة ١٩٧٤ احوال نفس جزئى .

وفوضت المدعية الرأى للمحكمة فيما يفرض .

وبجلسة ١٩٧٤/٣/١٢ حكمت المحكمة غيابيًا للثانى وحضورياً للباقين بأن يؤدوا إلى المدعية أربعة جنيهات لنفقتها من تاريخ الحكم وأذنتها بالإستدانة عليهم عند الحاجة مع المصروفات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الأصل الفقير على فرعه الموسر بقدر كفايته ، وفى الفضل الزائد عن حاجة الفرع وحاجة من تجب عليهم حسب حالتهم يسراً وعسراً فإنه يكون قد إنطوى على تقرير قانونى خاطىء ، هذا إلى أنه إذا بنى ما فرض على المدعى عليه الثانى لنفقة أمه المدعية على ما أدلى به أخوته بشأن حالته ، بغير بيان لوجه دلالة أقوالهم على حاله ، وعلى توافر موجب فرض النفقة من فقر المدعية ووجود فاضل فى كسب هذا المدعى عليه تجب لها فيه النفقة ، فإنه يكون قاصر البيان .

نفقة أقارب ...

قضى فيها بجلسة ١٩٧٥/١٢/٤ غيابياً للمدعى على إبنه المدعى عليه بأن يؤدى له ما فرضه على نفسه بالورقة العرفية وقدر ذلك خمسة جنيهات شهرياً من ١٩٧٤/٨/١٩ نفقة بجميع أنواعها وأمرته بذلك وأذنته بالإستدانة عليه عند الحاجة ... (٢) .

وجاء بأسباب الحكم : « ... ومن حيث أن ... المنصوص عليه فقهاً أن نفقة القريب تسقط بمضى المدة ولو بعد القضاء والرضا ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى ، وعليه لو مضت سقطت بخلاف نفقة الصغير ... وطبقاً للنصوص الفقهية الحكم للمدعى من يوم الحكم مع الإذن بالإستدانة على المدعى عليه :-

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الحكم قد أورد فى أسبابه أنه يتعين

---

(١) الخانكة – جلسة ١٩٧٤/٣/١٢ – القضية ٤٦٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى ، وجلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ – القضية ٤٦٢ سنة ١٩٢٣ أحوال نفس جزئى .

(٢) تلا – جلسة ١٩٧٥/١٢/٤ – القضية ٢٤٠ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

طبقًا للنصوص الفقهية الحكم للمدعى بالنفقة من يوم الحكم مع الإذن بالإستدانة على المدعى عليه .

دعوى نفقة أقارب ...

أقامتها إبتداء الأم ضد ولديها مطالبة بنفقة بنتها أختهما الشقيقة .

حضرت هذه البنت بالجلسة وإختصمت أخويها المدعى عليهما بنفسها مطالبة بنفقتها لفقرها ويسارهما وبلوغهما سن المخاصمة ، وبعد أن تحققت المحكمة من مظهر هذه البنت أنها قد بلغت ووجهت طلباتها إلى المدعى عليهما وتركت الأم مخاصمتها فى ذلك ، وأبدى المدعى عليهما أقوالهما بالموافقة وشرح موردهما وأعبائهما ، خلص الحكم بعد بيان كل ذلك فى أسبابه القطعية إن إثبات ترك الأم مخاصمة المدعى عليهما فى شأن نفقة هذه البنت ، ثم قرر أن المدعى عليهما صادقا على الدعوى وأنه قد إجتمع فى قرابة طالبة النفقة أصل هى الأم وحاشية هما الأخوان الشقيقان والكل موسر ، فتجب النفقة عليهم حسب الميراث على الأم السدس وعلى الأخوين الباقى إعمالاً لنصوص فقه المذهب الحنفى فى باب النفقة (١) .

أقام المدعى دعواه ضد ولديه المدعى عليهما إبتغاء الحكم عليهما بنفقته وأمرهما بالأداء إليه وإذنه بالإستدانة عليهما عند الإمتناع ..

بحث الحكم واقعة الدعوى وما قدمه الطرفان من دفاع ، ثم أورد القاعدة القانونية التى تحكم النزاع والتى تقرر أن الفقهاء إشترطوا لوجوب نفقة الأصل ووجود فاصل كسب للفرع تجب فيه النفقة ، ثم ساق نصوصاً من الفقه فى هذا الموضوع منقولة من كتاب الدر المحتار لإبن عابدين ، ثم أنزل الحكم ما إسترشد به من قواعد على هذا النزاع ، فقرر أنه إستبان من أقوال طرفى الدعوى أن المدعى يتقاضى معاشًا فوق تلك الممتلكات وأن نفقته فى هذه الحالة فى ماله ولا تلزم ولديه .وخلص الحكم – صحيحاً إلى القضاء برفض الدعوى لفقد شرط من شروط الإستحقاق (٢) .

---

(١) طوخ – جلسة ١٩٧٥/٥/٢٦ القضية ١١٧ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس جزئى .

(٢) بندر دمنهور – ١٩٧٤/١٢/١٤ – القضية ٥٨٧ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

طلب الأب الحكم بفرض نفقة على ولديه الموسرين ...

وبجلسة ١٩٧٣/٤/٢٣ حكمت المحكمة بفرض النفقة ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه فيما قال به من أن نفقة الأصل الفقير يجب شرعاً على الفرع الموسر بشروط تحققت فى هذه الدعوى لم يبين هذه الشروط ، ولم يعرض من الوقائع والبينات ما ينبىء عن توافرها وبخاصة فقر الأب وهو شرط الفرض ، بما يعيبه بالقصور .

والحكم فى عبارة : (سوى ولديه المدعى عليهما الموسرون) يتردى فى أخطاء لغويه لا تقبل من واضعه .

طلبت الأم زيادة المفروض على أولادها لنفقتها بالحكم الصادر فى ١٩٥٤/٤/٥ ...

وبجلسة ١٩٧٣/٤/٢ حكمت المحكمة غيابياً بالزيادة (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم انه فيما زاده من النفقة على المفروض منذ سبعة عشر عاماً لم يبحث حالة المحكوم عليهم منذ الفرض السابق ، ولم يتحقق من أن الزيادة المفروضة عليهم تقوم على فائض مناسب من كسبهم مما يعيبه بالقصور .

وبجلسة ١٩٧٣/٣/١٢ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على أولادها المدعى عليهم الثلاثة (أبو العلا ، ومحمد ، وأحمد) فى كل شهر من ذلك اليوم مبلغ ٣٠٠ جنيه مثالثة بينهم وأمرتهم بالأداء مع المصاريف (٣) .

---

(١) مصر القديمة – جلسة ١٩٧٣/٤/٢٣ – القضية ٩٤ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس ، والقضايا : ٨٥٦ سنة ١٩٧٢ و ١٣٠ سنة ١٩٢٣ أحوال نفس مصر القديمة ، و٣٠ و ٤٢ سنة ١٩٧٣ و ١٠٣٨ و ١١٠٤ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس حلوان .

(٢) مصر القديمة – جلسة ١٩٧٣/٤/٢ – القضية ٢١٨ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى .

(٣) مصر القديمة – جلسة ١٩٧٣/٣/١٢ – القضية ٨٥٦ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئى .

ويؤخذ على هذا الحكم إغفاله ما طلبته المدعية من ترك الخصومة بالنسبة لولدها (سيد) مما كان على المحكمة بحثه ، فإذا تحقق لها شرطه حكمت على موجب المادتين ١٤١ و ١٤٢ مرافعات بقبول إثباته .

شروط القضاء بنفقات ذوى الأرحام عن مدة سابقة أن تكون مستدانة :

١٤٠ – طلبت المدعية – بصحيفة التعديل – الحكم على المدعى بأن يؤدى لها كل شهر من ١/٧/١٩٧٤ ما فرضه على نفسه ومقداره مائة قرشاً لنفقة بينتها أخته لأبيه بمقتضى ورقة عرفية محررة فى ذلك التاريخ وأمره بالأداء إليها والإذن لها بالإستدانة عليه عند الإمتناع وإلزامه بالمصاريف .

وبجلسة ١٢/١١/ ١٩٧٤ حكمت المحكمة غيابيًا للمدعية على المدعى عليه بإلزامه بأن يؤدى لها شهرياً من ١/٧/١٩٧٤ مائة قرشًا ما فرضه على نفسه لنفقة البنت (...) أخته لأبيه بالورقة العرفية المحررة بذات التاريخ وأمرته بأداء ذلك للمدعية فى مواعيده وأذنتها بالإستدانة عليه عند الحاجة وألزمته بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الطفل المفروضة على غير أبيه تسقط بمضى شهر فأكثر بإعتبارها من نفقات ذوى الأرحام ما لم تكن مستدانة فعلاً بإذن ممن وجبت عليه أو من القاضى ، وكان الثابت بالورقة العرفية سند الدعوى إذن الملتزم بها للمدعية بالإستدانة عليه ، فإن الحكم إذ قضى بإلزام المدعى عليه بأداء هذا المفروض للمدعية من ١/٧/ ١٩٧٤ دون التثبت مما إذا كانت المدعية قد إستدانت فعلاً المتجمد بالورقة الذى مضى عليه شهر فأكثر فيما قبل تاريخ مصدوره ، فإنه يكون قد خالف القانون .

دعوى بطلب إبطال المقرر بحكم ... والأمر بعد التعرض به .

إستناداً إلى أن القريب المحكوم له بالنفقة على قريبه قد أصبح يكسب ما يكفيه ...

---

(١) مركز دمياط – جلسة ١٢/١٠/١٩٧٤ – القضية ٤٥ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

وبجلسة ١٩٧٥/١١/١٨ قضت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى النفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها (نقض- جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى وأحوال - العدد ٣ - ص٥٤٠) لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد رفضت طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات عناصر الدعوى ، وأعمل الحكم قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها إستناداً إلى أنه سبق أن قضى بتاريخ ١٩٧٤/١٠/٢٣ برفض دعوى إبطال المفروض بين الخصوم أنفسهم مع أن لهذا الحكم حجية مؤقتة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

(٢) وعلى منطق الحكم الخاطىء ، فإنه إذا إنتهى فى منطوقه إلى رفض الدعوى تأسيساً على إعمال قاعدة حجية الشىء المقضى فيه ، وكان لزوم ذلك يقتضى الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، وإذ قضت المحكمة بالرفض فإن حكمها يكون مشوباً بالتناقض .

(٣) وعلى منطقه الخاطىء فإن الحكم أعمل فى مدوناته أحكام التقنين المدنى الخاصة بحجية الشىء المقضى ، حالة أن المادة ١٠١ إثبات قد ألغت المادة ٤٠٥ مدنى ، بما يشوبه بالخطأ فى الإسناد .

التكييف الشرعى والقانونى لدعوى إبطال المقرر :

١٤١- دعوى إبطال المقرر .

طلب المدعى الحكم على مطلقته المدعى عليها بإبطال المقرر لنفقة بنتها (فيفى) أصلاً وزيادة وأجور الحضانة والمسكن والخادم وأمرها بذلك إعتباراً من ١٩٧٢/١١/١٢ (تاريخ تسليم هذه البنت نفاذاً لحكم الضم) مع

---

(١) بندر شبين الكوم - جلسة ١٩٧٥/١١/١٨ - القضية رقم ٦١ سنة ١٩٧٤ شرعى جزئى .

إلزامها بالمصاريف .. حيث ما زالت تتعرض له بتلك المقررات .

وبجلسة ١٩٧٥/١١/١٨ حكمت المحكمة غيابياً للمدعي على مطلقته المدعى عليها بكف يدها عن مطالبته بالمقرر لنفقة بنتها (فيفى) أصلاً وزيادة وبدل فرش وغطائها وأجور حضانتها وخادمتها وسكن الحضانة بمقتضى الأحكام إعتباراً من ١٩٧٢/١١/١٢ وأمرتها بعدم التعرض له بهذه الأحكام وألزمت المدعي بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الكف عن المفروض إنما يكون فى حالة بقاء الحق مع زوال الصفة فى إقتضائه ، أما فى حال زوال الحق أصلاً فى إقتضاء المقرر ، فإنه يترتب عليه الحكم بإبطال المفروض - لما كان ذلك ، فإن الحكم إذ عد هذه الدعوى - وهى إبطال المقرر لأجرة الحضانة - دعوى كف عنها ، مع أن هذه الأجرة تبطل بإنتهاء مدتها ببلوغ الولد أقصى سن الحضانة المحدد فى القانون أو خروجه من يد الحاضنة نزولاً على أحكام الحضانة وقواعد الإجادة فى الفقه الحنفى (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - للكاسانى - جزء ٤ - فى كتاب الحضانة - ص٤٢ - وكتاب الإجادة - ص٢٢٣) - وإذا طلب المدعى القضاء بالإبطال ، فأغفل الحكم التكييف القانونى الصحيح بالنسبة لأجرة الحضانة وقضى بالكف عنها ، فإنه - فضلاً عن مخالفته الثابت بالأوراق والطلب الصحيح للمدعي بالنسبة لهذه الأجرة ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (٢) .

---

(١) بندر دمنهور - جلسة ١٩٧٥/١/١٨ - القضية رقم ٦٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

(٢) ينسحب هذا المأخذ - من حيث المبدأ - على الحكم الصادر فى القضية رقم ٥٣٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى كفر الدوار جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ حيث قضى بالكف عن نفقة البنت المتوفاة ، فى حين أن وفاتها مسقط المفروض ، وكان على المحكمة أن تسبغ على الطلب بالتكييف القانونى الصحيح الذى نوهت عنه فى أسباب الحكم وهو سقوط الفروض لنفقة هذه البنت من تاريخ وفاتها ، والقضية ١٩ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس دكرنس - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٤ ، والقضية ٧٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال دكرنس - جلسة ١٩٧٥/١/١٥ .

أقام الأب دعـواه (١) ضد مطلقـته يبتغى بهـا القضاء له بضـم ولـديه منها (سـعيـد) و (تحـيـة) لتـجـاوزهـمـا أقصـى سن حـضـانـة النسـاء مـع إلزامـهـمـا بالمصـروفات . وافقت المدعى على ضـم الولد دون البنت .

قضت المـحكمة بضم الولد .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه ولما كان المعول عليه فى تحديد سن الحضانة هـو السنة القمرية ، وكان للنسـاء أن يحضن الصـغيرة حتى تبلغ التـاسـعة من عمـرهـا بالسـنوات القـمرية ، كما أن لـلقاضـى أن يأذن لهن فـى حضـانتهـا بعـد التاسـعة وحتى الحادية عشرة (قبل التعديل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) إذا رأى مصـلحتها فى ذلك ، ولا خيار له بعد تجاوزها هـذه السن ، بل تدفع إلى عصبتها ليقوم على تربـيتهـا وحفظهـا . إذ كان هـذا ، وكانـت البنت (تحـيـة) تبلغ يـوم الـحكم تسـع سـنوات وشـهـريـن أو خمـسـة وعشـرون يومـًا بالسـنوات المـيـلادية ، وتجاوزت بذلك التاسعة من عمرها بـالسنوات القمرية ، فإن الـحكم إذ قضى برفض ضـمها إلـى أبيها الـمدعى بمـقولة أنها لم تبلغ أقـصى سن الـحضـانة ودون أن يبين لما إذا كان ذلك إعمالاً للرخصة المـخولة للقاضى بين التاسعة والـحادية عشرة ، ولا بـيان لمصـلحة الصـغيرة فيما قـضى به ، فإنـه يكون قاصر البيان .

أقـام أب دعـواه (٢) ضد إبـنه طالبًا فـرض تكملـة نفقة له ولمن يعـولهم مـن زوجـة وأولاد من يـوم الـحكـم مـع إذنه بـالإسـتـدانـة علـيه عـند الإمـتنـاع وإلزامه بالمصـروفات .

قضت المـحكمة برفض الـدعوى ... تأسيسـًا على أن المدعى مـوسر من تجارة الخضـروات ، فنفقته فى ماله .

ويؤخذ على هذا الحكم :

---

(١) محكمة الـخانكة الـجزئية – جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ – القضـية رقـم ٦٥ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

(٢) محكمة الخانكة الجزئية – جلسة ١٩٧٤/٤/٢٣ – القضية رقـم ٨٧ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

أنه لما كانت للأصل الفقير على فرعه الموسر نفقة بقدر كفاية الأصل وفى الفائض الفرع بعد نفقته ونفقة من يعولهم - فإن كان للأصل مال يفى بنفقته كان له فى الفائض من مال فرعه بقدر ما يكمل نفقته ، لما كان ذلك ، وكان الحكم وإن حصل أن للأب المدعى مالاً لم يتعرض لكفاية هذا المال ووفائه بنفقة الأب ولا لما أثاره هذا الأخير من عدم كفايته وإحتياجه إلى التكملة ، فإنه يكون فضلاً عن قصوره قد خالف القانون .

أقام المدعى هذه الدعوى (١) ضد مطلقته طالباً الحكم له عليها بأن تسلمه إبنه منها (حسان) البالغ من العمر ثمانى سنوات .

قضى الحكم بجلسة ١٦/٤/١٩٧٤ غيابيًا بالتسليم ليكمل تربيته ويحافظ عليه وأمرتها بذلك وألزمتها المصروفات .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كان من حق الصغير والأم أن يبقى الصغير فى حضانة الأم حتى يستغنى عن خدمة النساء وذلك ببلوغه السابعة من عمره بالتقويم القمرى، فإذا بلغها كان القاضى بالخيار بين إبقائه فى يد حاضنته أو دفعه إلى أبيه ، ويثبت للقاضى هذا الخيار متى بلغ الصبى التاسعة من عمره . إذ كان ذلك ، وكانت سن الولد يوم الحكم فى الدعوى ست سنوات وتسعة أشهر وخمسة عشر يوماً بالتقويم الميلادى ، وكان الحكم لم يكشف عن حقيقة سن الولد بالتاريخ الهجرى ولا عما إذا كان دفعه إلى أبيه لبلوغه السن أو بناء على الرخصة المخولة للقاضى ، وإنما وقف عند حد القول بأن الولد قارب سن الحضانة ، فإنه يكون قاصر البيان (٢) .

أقامت الأم دعواها (٣) قبل بنيها الأربعة تستأديهم نفقتها عليهم مع

---

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١٦/٤/١٩٧٤ - القضية رقم ٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس.

(٢) قارن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - فى شأن الحضانة .

(٣) الخانكة الجزئية - جلسة ١٢/٣/١٩٧٤ - القضية رقم ٤٦٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس ، وينسحب نفس المآخذ على الحكم رقم ٤٦٢ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس الخانكة ، جلسة ٣٠/٤/١٩٧٤ .

إننها بالإستدانة عند الإقتضاء وإلزامهم بالمصروفات - تأسيساً على أنها فقيرة وخالية من الأزواج وعدتهم .

قضت المحكمة غيابياً للثانى وحضورياً للباقين بإلزامهم بأن يؤدوا للمدعية أربعة جنيهات شهرياً لنفقتها من يوم الحكم وأذنتها بالإستدانة عليهم عند الحاجة مع المصروفات - تأسيساً على أن نفقة الأصل الفقير على فرعه الموسر وتجب حسب حاله يسراً وعسراً .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت نفقة الأصل الفقير على فرعه الموسر بقدر كفايته وفى الفضل الزائد عن حاجة الفرع وحاجة من تجب عليه نفقتهم . لما كان هذا ، وكان الحكم قد فرض للمدعية نفقة على بنيها وقال أنها تجب عليهم حسب حالتهم يسراً وعسراً ، فإنه يكون قد إنطوى على تقرير قانونى خاطىء - هذا ، إلى أنه إذ بنى ما فرض على المدعى عليه الثانى لنفقة أمه المدعية بناء على ما أدلى به أخوته بشأن حالته بغير بيان لوجه دلالة أقوالهم على حالة وعلى توافر موجب فرض النفقة من فقر المدعية ووجود فاضل فى كسب هذا المدعى عليه تجب لها فيه النفقة ، فإنه يكون قاصر البيان .

أقامت أم الصغيرة دعواها (١) ضد عمها تستأديه زيادة نفقتها من يوم الحكم ، حيث مضى عام على حكم الفرض وكبرت البنت عن وقت الفرض قضى الحكم بالزيادة من تاريخ حكم النفقة .

ويؤخذ على هذا الحكم قضاؤه بما لم تطلبه المدعية إذا إقتصرت على طلب الزيادة من يوم الحكم ، بينما أسند الحكم قضاءه بالزيادة إلى يوم صدور حكم النفقة .

أقام المدعى هذه الدعوى قبل مطلقته بطلب إبطال المقرر لنفقتها ونفقة صغارها منه لزواجها من آخر وتنازلها عن نفقة الصغار بإقرار .

قضى الحكم غيابياً بالطلبات ، تأسيساً على التنازل عن حكم الفرض وتسليم الصغار لأبيهم .

---

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٣/١١ - القضية ٤٦٤ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس .
(٢) الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٤/٢٣ - القضية ٤٩٩ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس.

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت النفقة حقاً للصغير تستأديها الأم عندما تكون لها اليد عليه لإنفاقها فى شئونه وكان لا يجوز للأم النزول عن النفقة المقررة لصغيرها ، فإن الحكم إذ إعتد بنزول الأم المدعى عليها عن نفقة صغارها المفروضة على أبيهم المدعى ورأى ذلك موجباً لإسقاطها عنه يكون قد بنى على تقرير قانونى خاطىء .

أقامت الزوجة دعواها (١) ضد زوجها وأبيه طالبة إلزام الأول مديناًوالثانى ضامناً برد أعيان جهازها الموضحة بالصحيفة وقائمة الجهاز إن كانت قائمة أو دفع قيمتها وقدرها ١١٢,٥٠٠ جنيهاً إن كانت هالكة أو مستهلكة مع إلزامهما بالمصروفات .

صادق المدعى عليهما على الدعوى عدا المصوغات فذهبا إلى أنها تسلمتها منهما .

وبعد التحقيق قضت المحكمة حضورياً بالطلبات – تأسيساً على أن الجهاز يعتبر أمانة فى يد الزوج والضامن يلزمان برده عند طلبه وإلا إعتبر غاصبين ، والغاصب يلزم شرعاً برد العين المغتصبة إلى صاحبها .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت منقولات الزوجية تودع بيت الزوجية رهن الإستعمال المشترك للزوجين ، مما مفاده أن للزوج عليها حق الإستعمال طالما بقيت الزوجية ما لم يحدد الإتفاق وقتاً أخر لردها فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق إرتهن ردها بإنفصام عرى الزوجية وبات طلب الزوجة ردها قبل هذا الأوان غير مقبول – لما كان ذلك ، وكانت القائمة التى تحكم علاقة الطرفين قد دخلت من أوان لرد المنقولات ، وكان البين من وقائع الدعوى أن الزوجية لا زالت قائمة ، فإن الحكم إذ رأى أوان رد المنقولات قد أن بمجرد طلب المدعية يكون قد أخطأ فى القانون الواقع فى الدعوى .

---

(١) الخانكة الجزئية – جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ – القضية ٤٦ سنة ١٩٧٣ احوال نفس .

أقامت المدعية دعواها (١) ضد المدعى عليه طالبة حبسه لإمتناعه عن دفع متجمد نفقتها ونفقة صغارها بالحكم رقم ٢٣٣ سنة ١٩٧٠ أحوال شخصية الخانكة .

حضر المدعى عليه (وجاء بمحضر الجلسة أنه صادق على الدعوى) ، وأمرته المحكمة بدفع المبلغ المتجمد ، فلم يدفع ، وصممت المدعية على حبسه .

فحكمت بحبسه ثلاثين يوماً بحيث إذا دفع لها المبلغ أو قدم لها كفيلاً مقتدراً أو طلبت هى الإفراج عنه يفرج عنه فوراً .

ويوخذ على هذا الحكم :

١- مخالفته الثابت بالأوراق ، إذ حصل أن المدعى عليه صادق على الدعوى ، والحال أن محضر الجلسة - التى حضر فيها المدعى عليه وأمره فيها بالدفع - قد خلا مما يفيد مصادقته على الدعوى .

٢- أنه لما كانت المادة ٣٤٦ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ تشترط للحكم بالحبس للإمتناع عن تنفيذ الحكم بالنفقة أو الأجور أن تثبت قدرة المحكوم عليه على القيام بما حكم به وقت التنفيذ ، وكان لا يكفى لإثبات هذه القدرة يسار المحكوم عليه وقت الحكم بفرض النفقة ، فإن الحكم إذ عول فى إستنباط قدرة المحكوم عليه على يساره وقت فرض النفقة المنفذ بها يكون قد شابه الفساد فى الإستدلال والخطأ فى القانون .

٣- أنه لما كان كل ما يشترط فى الكفيل الذى يقدمه المحكوم عليه بالنفقة أو الأجور فى معنى المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن ترضى به المحكوم لها فإن الحكم إذ إشترط فى الكفيل فوق رضا المحكوم لها أن يكون مقتدراً يكون قد خالف القانون .

أقامت المدعية هذه الدعوى (٢) بطلب فرض نفقة زوجية وصغير ... قضت المحكمة غيابياً بالفرض .

---

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ - القضية٤ ، سنة ١٩٧٤ أحوال نفس الخانكة .

(٢) تلا الجزئية - جلسة ١٩٧٥/٨/٢١ - القضية ٢٥٨ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى =

ويؤخذ على هذا الحكم:

١- لما كانت المادة ٨٣ مرافعات قد نصت فى فقرتها الثانية على أنه لا يجوز للمدعى أن يبدى فى الجلسة التى تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو يعدل أو يزيد أو ينقص من الطلبات الأولى ، وكانت المدعية قد قصرت دعواها على طلب فرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة دون بدل الفرش والغطاء من تاريخ رفع الدعوى وبغير أن يعلن المدعى عليه بهذا التعديل مع وجوب هذا الإعلان فإن الحكم إذ إلتفت عن هذا يكون قد خالف القانون .

٢- خلوه من بيان وجه إستظهاره لحالة المدعى عليه وقدرته على أداء النفقة المفروضة ، حال أن تقدير النفقة يكون حسب حال الزوج يسراً وعسراً مما يشوبه بالقصور .

٣- لما كان الثابت من صحيفة الدعوى أن المدعية طلبت فرض نفقة لها على زوجها المدعى عليه بأنواعها الثلاثة مع بدل فرشها وغطائها ، وإذ أورد الحكم فى مدوناته أن المدعية طلبت الحكم بفرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة فقط ، فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق .

أقام المدعى دعواه (١) بطلب الحكم بإبطال نفقة أقارب وأمر المدعى عليه بعدم التعرض له به مع إلزامه بالمصاريف - تأسيساً على أنه أصبح معسراً وفقيراً ، وأن المدعى عليه يكسب ما يكفيه من بيع أوراق اليانصيب.

تمسك المدعى عليه بحكم صدر فى طلب مماثل قضى برفض الدعوى قضت المحكمة برفض الدعوى أخذاً بدفاع المدعى عليه .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- أنه لما كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى النفقة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما تقبل التغيير والتبديل ، وترد عليها الزيادة والنقصان

=تلا - وينسحب هذا المأخذ على أحكام عديدة صدرت من محاكم : تلا ، وبندر شبين الكوم ، والشهداء صدرت فى شهرى نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٧٥ .

(١) بندر شبين الكوم - جلسة ١٩٧٥/١١/١٨ - القضية ٦١ سنة ١٩٧٤ شرعى جزئى .

بسبب تغيير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها .

(نقض - جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة١١- مدنى وأحوال- ص٥٤٠) .

لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد رفضت الإحالة إلى التحقيق لإثبات عناصر الدعوى ، وأعمل الحكم قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها إستناداً إلى أنه سبق أن قضى برفض دعوى إبطال المفروض بين الخصوم أنفسهم ، مع أن لهذا الحكم حجية مؤقتة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

٢- وعلى منطق الحكم الخاطىء فإنه إذا إنتهى فى منطوقه إلى رفض الدعوى تأسيساً على إعمال قاعدة حجية الشىء المقضى فيه ، وكان لزوم ذلك يقتضى الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ،وإذا قضت المحكمة بالرفض ، فإن حكمها يكون مشوباً بالتناقض .

٣- وعلى منطقه الخاطىء فإنه أعمل فى مدوناته أحكام التقنين المدنى الخاصة بحجية الشىء المقضى ، حالة أن المادة ١٠١ من قانون الإثبات قد ألغت المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى ، بما يشوبه بالخطأ فى الإسناد .

أقامت جدة الصغار لأمهما - بعد وفاة الأخير - الدعوى (١) بطلب فرض نفقة للصغار على أبيهم وأجر حضانة من ١٩٧٤/١٠/٥ .

قضت المحكمة بالنفقة وبأجر الحضانة من يوم الحكم ١٩٧٥/١١/١٨.

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت المدعية قد طلبت أجر حضانة للصغار من تاريخ ١٩٧٤/١٠/٥ ، وكان الحكم قد قضى بفرضها من يوم صدوره ، فإنه يكون قد أغفل الفصل فى شق من طلباتها .

---

(١) بندر شبين الكوم الجزئية - جلسة ١٩٧٥/١١/١٨ - القضية ٢٧٣ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

أقام الأب دعواه (١) على إبنه بطلب إلزامه بأداء ما فرضه على نفسه لنفقة أبيه المدعى بالورقة العرفية وقدر ذلك خمسة جنيهات شهرياً إعتباراً من ١٩/٨/١٩٧٤ نفقة بجميع أنواعها وأمره بالأداء والإذن بالإستدانة عليه عند الحاجة .

قضت المحكمة بالطلبات - وأوردت فى مدونات قضائها أن ... المنصوص عليه فقهاً أن نفقة القريب تسقط بمضى المدة ولو بعد القضاء والرضا ، ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى . وعليه فلو مضت مدة سقطت بخلاف نفقة الصغير ... وطبقاً للنصوص الفقهية يتعين القضاء للمدعى من يوم الحكم مع الإذن بالإستدانة على المدعى عليه .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كان الحكم قد أورد فى أسبابه أنه يتعين طبقاً للنصوص الفقهية الحكم للمدعى بالنفقة من يوم الحكم مع الإذن بالإستدانة على المدعى عليه ، ثم أورد فى منطوقه القضاء للمدعى بالنفقة من ١٩/٨/١٩٧٤ وهو التاريخ الذى فرض المدعى عليه على نفسه النفقة للمدعى الثابت بالورقة العرفية سابقاً على الحكم فى الدعوى (٤/١٢/١٩٧٥) - لما كان ذلك ، فإن الحكم يكون مشوباً بالتناقض .

طلبت المدعية بدعواها (٢) أمر المدعى عليه بأداء متجمد النفقة وقدره وحبسه عند الإمتناع .

أمرته المحكمة بالأداء ، وأعلن الأمر إليه .

وبجلسة ٣٠/١٢/١٩٧٥ قضت بحبسه ثلاثين يوماً .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- أنه لما كانت شرط القضاء بحبس المحكوم عليه المماطل فى دفع

---

(١) تلا الجزئية - جلسة ٤/١٢/١٩٧٥ - القضية ٢٤٠ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى تلا.

(٢) مركز شبين الكوم - جلسة ٣٠/١٢/١٩٧٥ - القضية ٧٣ سنة ١٩٧٥ شرعى (حبس) - وينسحب هذا المآخذ على أحكام صادرة فى نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٧٥ من محكمتى الشهداء وتلا (فى قضايا الحبس) .

النفقة طبقاً لنص المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن يكون قادراً على أدائها ويمتنع رغم أمره بالأداء ، ولئن كان للقاضى سلطة إستظهار هذه القدرة ، إلا أنه ينبغى أن يستقيها من مظانها الصحيحة ، بحيث إذا إكتفى الحكم فى صدد إثبات هذه القدرة بمجرد القول بأنها ثابتة من حكم الفرض السابق مع أن يسار المرء يتغير من وقت لآخر ، وأن حكم الفرض إذ دل على قدرة المحكوم عليه على أداء المفروض ، فإنه لا يفيد قدرته على أداء المتجمد منه عند الحكم بحبسه – وإذ خالف هذا النظر وقضى بالحبس معتداً بقدرة المحكوم عليه الثابتة بحكم الفرض ، فإنه يكون مشوباً بالقصور وبالفساد فى الإستدلال .

٢– مخالفته القانون ، بإشتراطه أن يكون الكفيل الذى يقدمه المحكوم عليه بالحبس مقتدراً ، حال أن نص المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية لا يستلزم ذلك .

مادة إثبات وفاة ووراثة (١) ...

إستمعت المحكمة فيها إلى الشاهد الأول ، ودونت أقواله بمحضر التحقيق وإكتفت بالنسبة للشاهد الثانى بإثبات أن شهادته تطابق تماماً شهادة الشاهد الأول .

أصدرت المحكمة قرارها بإثبات الوفاة والوراثة .

ويؤخذ على هذا القرار :

عدم إثباته أقوال الشاهد الثانى فى موضوع الشهادة بعد سماعه شهادة الشاهد الأول ، حين أن المقرر قانوناً (المواد ٣٥٩ من المرسوم ٧٨ لسنة ٣١، ٨٧ ، ٩١، ٩٣ إثبات) أن يكون أداء كل شاهد لشهادته بغير حضور باقى الشهود ، وأن تثبت إجابات الشهود فى المحضر ، ثم تتلى على الشاهد أقواله ويوقعها، وأن يذكر بالمحضر ما أبداه الشهود وما يفيد

---

(١) مركز شبين الكوم – وراثات – المادة رقم ٢٣٦ سنة ١٩٧٥ وراثة ، وينسحب نفس المأخذ على مواد صادرة خلال شهرى نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٧٥ من محكمة مركز شبين الكوم .

تحليفهم اليمين – وإذا خالف القرار هذا النظر ، فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون .

التكييف الصحيح لطلب إبطال نفقة مفروضة ، للوفاة :

أقام المدعى دعواه (١) – بعد القصر – بطلب الحكم بإبطال المفروض لنفقة زوجته المتوفاة من تاريخ وفاتها .... فقضى له ...

ويؤخذ على هذا الحكم:

خطؤه فى تطبيق القانون حين قضى بإبطال نفقة الزوجة لوفاتها ، لأن الإبطال إنما يرد على ما هو قائم ، وإذ كانت النفقة المفروضة رضاء أو قضاء تسقط بوفاة المحكوم له أو عليه ، فإن الحكم إذ ساير المدعى فى تكييفه الدعوى بالإبطال ، حالة أن من واجب المحكمة إسباغ التكييف القانونى على الدعوى ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الحضانة وأجر الحضانة :

١٤٢– قبل أن نتكلم فى أحكام أجر الحضانة نعرض للتعريف بأحكام الحضانة ذاتها وفقًا للأصول الشرعية ، وفى حدود هذه القواعد الإجرائية التى خصصناها بهذا البحث .

فقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها تربية الطفل والقيام بشئونه فى سن معينة ، ممن له حق فى تربيته من محارمه (١) .

وفى طلب المدعى الحكم بضم بنتيه إليه ليحافظ عليهما مع إلزامهما بالمصاريف وأتعاب المحاماة ، بناء على أن الأولى سنها تسعة عشر عاماً والأخرى سنها خمسة عشر عامًا ، وأن كلاً منهما بكر ، وأنه يبتغى المحافظة عليهما .

---

(١) شبرا الخيمة الجزئية – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٧ – القضية ٧٧١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

(٢) الأحوال الشخصية – الأستاذ الجليل المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف – ص١٧٧ ، وأحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى – للدكتور محمد يوسف موسى .

حضرت المدعى عليهما بجلسة المرافعة وأقرتا ببنوتهما للمدعى ملتمستين رفض الدعوى لأنهما بلغتا بالسن والعلامات ، وقد إختارتا الإقامة مع أمهما ، والأمر لإختيارهما بعد البلوغ .

إستعرض الحكم واقعة الدعوى ، وما دار بين الخصوم من دفاع ، وحصر موطن النزاع بين طرفي الدعوى فيمن يخير من الأولاد في الإقامة، ثم ساق حكم الأصول الشرعية في هذا الشأن ، فقال إن المنصوص عليه في فقه المذهب الحنفي أنه إذا بلغت مبلغ النساء فإن كانت بكراً ضمها الأب إلى نفسه ، إلا إذا دخلت في السن وإجتمع لها رأى فتسكن حيث أحبت إذ لا خوف عليها ، وإن كانت ثيباً لا يضمها إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها . فللأب والجد ولاية الضم لا لغيرهما ، وأن هذا الحق للأب في شأن البنت البكر مقرر ولو لم يخف عليها الفساد مادامت حدثة في السن ، وأنه لما كان الثابت أن البنتين في مقتبل العمر وكل منهما بكر وكان هذا هو حكم القانون الواجب التطبيق ، فإنه لا خيار لهما في الإقامة ، بل يقيمان جبراً عنهما مع والدها المدعى وفي رعايته (١) .

وفي دعوى ضم مقامة من عم شقيق إبتغاء ضم إبنة شقيقه المتوفى لتجاوزها سن الحضانة ولزواج أمها بأجنبي .

إستعرض الحكم واقعة الدعوى وما قدمه من أوراق وبينة ، مستخلصاً ما أنبأت به هذه الأدلة وإنطباقها على النزاع ، ثم أورد القاعدة القانونية التي تقضي بتسليم الصغيرة لعاصبها المحرم متى بلغت التاسعة من العمر ، مسترشداً في هذا بما نقله عن كتاب الدر المختار في الفقه الحنفي ، مبيناً شمول هذه القاعدة لواقعة النزاع ، وأن من مصلحة هذه الصغيرة أن تصير إلى يد عمها الشقيق المدعى بعد أن أثبتت بالبينة أمانته عليها وقدرته على رعايتها (٢) .

وفي دعوى ضم صغيرة ...

---

(١) ابو المطامير – جلسة ١٩٧٥/١/٢٦ – القضية رقم ٤ سنة ١٩٧٥ احوال نفس جزئي .

(٢) كفر الدوار الجزئية – جلسة ١٩٧٤/١٢/١٦ – القضية رقم ٣٧٨ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢٧ قضت المحكمة برفض الدعوى .. (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان من المقرر أن حضانة النساء للصغيرة إنما تنتهى بإستغنائها عن خدمتهن ، وقدرت سن الإستغناء بتسع سنوات ، ويجوز للقاضى أن يأذن بإستمرار حضانة النساء للصغيرة إذا كانت ما زالت فى حاجة إلى خدمتهن – لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الصغيرة وإن بلغت التاسعة من عمرها إلا أنه قد خلا الحكم من وجهة حاجتها إلى خدمة النساء ، وبه يكون الحكم قد شابه القصور المبطل .

وفى دعوى من مطلقة بطلب فرض ... وأجر مسكن الحضانة وجلسة ١٩٧٥/١/٣٠ قضت المحكمة بالطلبات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المنصوص عليه شرعاً أن الحاضنة تستحق أجر مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بمحرم ، وكانت تستحق مع الصغير بالأجر – وإذا لم يستظهر الحكم شرط إستحقاق الحاضنة لأجر الحضانة ، بل جاء مطلقاً القول بإستحقاقها لأجرة مسكن الحضانة ، فإنه يكون فضلاً عما شابه من قصور قد أخطأ فى القانون وتطبيقه .

وفى دعوى بطلب فرض نفقة صغيرين وأجر حضانة ، مقامة من الجد لأم الحاضنة لهما من بعد وفاة أم الصغيرين صادق المدعى عليه على الدعوى .

وفوض الطرفان الرأى للمحكمة فى تقدير ما يفرض .

وبجلسة ١٩٧٥/١١/١٨ قضت المحكمة حضوريًا بالنفقة وبأجر الحضانة من يوم الحكم .. (٣) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المدعية قد طلبت أجر حضانة الصغيرين من تاريخ ١٩٧٤/١٠/٥ وكان الحكم قد قضى بفرضها من يوم

---

(١) فوه – جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ – القضية ٢٤٠ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

(٢) فوه – جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ – القضية ١٩٣ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

(٣) شبين الكوم – جلسة ١٩٧٥/١١/١٨ – القضية ٢٧ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

صدوره فإنه يكون قد أغفل الفصل فى شق من طلباتها .

وفى دعوى مقامة من المدعى ضد مطلقته بأن تسلمه إبنه (حسان) البالغ من العمر ثمانى سنوات ...

وبجلسة ١٦/٤/١٩٧٤ قضت المحكمة غيابياً للمدعى على المدعى عليها بأن تسلمه الولد (حسان) ليكمل تربيته ويحافظ عليه وأمرتها بذلك وألزمتها بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان من حق الصغير والأم أن يبقى الصغير فى حضانة الأم حتى يستغنى عن خدمة النساء وذلك ببلوغه السابعة من عمره بالتقويم القمرى ، فإذا بلغها كان القاضى بالخيار بين إبقائه فى يد حاضنته أو دفعه إلى أبيه ويثبت للقاضى هذا الخيار حتى يبلغ الصبى التاسعة من عمره ، وإذا كان ذلك ، وكانت سن الولد يوم الحكم ست سنوات وتسعة أشهر وخمسة عشر يومًا بالتقويم الميلادى ، وكان الحكم لم يسفر عن حقيقة سن الولد بالتاريخ الهجرى ولا عما إذا كان دفعه إلى أبيه لبلوغه السن أو بناء على الرخصة المخولة للقاضى ، ووقف عند حد القول بأن الولد قارب سن الحضانة فإنه يكون قاصر البيان .

وفى دعوى مطالبة بأجر حضانة ...

قضت المحكمة به من يوم الحكم ... (٢) .

ويوخذ على هذا الحكم أنه لما كانت القاعدة أن الأم تستحق أجرة عليها ما دامت لا تستحق نفقة زوجية أو نفقة عدة على أبى الصغير ، وهذه الأجرة نظير عمل تقوم به الحاضنة ، فهى تستحقه من وقت قيامها بالحضانة بدون توقف على قضاء القاضى وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وكانت المدعية قد طالبت بأجرة الحضانة من ١٥/٣/١٩٧٤ لإنقضاء عدتها من المدعى عليه وقدمت إشهاد طلاقها الدال على وقوع الطلاق بتاريخ ١٠/٢/١٩٧٢ وكان الحكم قد قضى بفرض

---

(١) الخانكة – جلسة ١٦/٤/١٩٧٤ – القضية ٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

(٢) طهطا – جلسة ١٩/٣/١٩٧٤ – القضية ٦٦٦ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

الحضانة من تاريخ الحكم فحسب ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القاعدة الشرعية .

وفى دعوى بطلب ضم الصغيرين (سعيد) و (تحية) .

قضت المحكمة حضورياً بجلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ للمدعى على المدعى عليها بضم الولد (سعيد) إليه ليكمل تربيته ويحافظ عليه وأمرتها بذلك وألزمتها بالمصروفات ورفضت الدعوى فيما عدا ذلك (١) .

ويوخذ على هذا الحكم أنه لما كان المعول فى تحديد سن الحضانة هو السنة القمرية ، وكان للنساء أن تحضن الصغيرة حتى تبلغ التاسعة من عمرها بالسنوات القمرية ، كما أن للقاضى أن يأذن لهم فى حضانتها بعد التاسعة وحتى الحادية عشرة إذا رأى مصلحتها فى ذلك ، ولا خيار له بعد تجاوزها هذه السن، بل تدفع إلى عصبتها ليقوم على تربيتها وحفظها، وإذ كان ذلك ، وكانت البنت (تحية) تبلغ يوم الحكم تسع سنوات وشهرين وخمسة وعشرين يومًا بالسنوات الميلادية ، وتجاوزت بذلك التاسعة من عمرها بالسنوات القمرية ، فإن الحكم إذ قضى برفض ضمها إلى أبيها المدعى بمقولة إنها لم تبلغ أقصى سن الحضانة ودون بيان لما إذا كان ذلك إعمالاً للرخصة المخولة للقاضى بين التاسعة والحادية عشرة ولا بيان لمصلحة الصغيرة فيما قضى به ، فإنه يكون قاصر البيان .

وفى دعوى ضم الصغير إلى والده ...

بحث الحكم قواعد ضم الصغير لأبيه قائلاً إن المقرر شرعًا أن الغلام متى بلغ حداً يستقل فيه بخدمة نفسه بعض الإستقلال ، وذلك بأن يأكل وحده وأن ينظف نفسه وملابسه وحده ، وكان عارياً من الآفات والعلل ، وجب ضمه إلى والده ولو جبراً عليه ، وقدر الإمام الخصاف من فقهاء الحنفية ذلك بسبع سنين ، وقدره بعضهم بتسع سنين ، والفتوى على الرأى الأول ، سواء أكانت الحاضنة هى الأم أم غيرها من الحاضنات ، وقد راعى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كلاً من التقديرين فى المادة ٣٠ منه ،

---

(١) الخانكة – جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ – القضية ١٥ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

فجعل السبع سنين حداً أدنى وجعل التسع حداً أعلى ، وللقاضى أن يحكم فى ذلك بما يراه مصلحة الصغير على حسب ما يرى من حاجته وقوته وضعفه ، ذلك لأن للصغير متى بلغ حد الإستغناء يحتاج إلى نوع آخر من التربية والتعليم ، والتهذيب والتخلق بأخلاق الرجال ، وهذه مهمة الرجل يقدر فيها على ما لا تستطيعه المرأة (١) .

وفى دعوى بطلب ضم صغير ...

أقامها المدعى ضد حاضنة صغير (ود) ... مقرراً فى صحيفتها أن الولد المذكور بلغ تسع سنوات وهى أقصى سن الحضانة ... ويهمه أن يتولى رعايته ، وإكمال تربيته ...

تداولت القضية بالجلسات ...

ولم تحضر المدعى عليها ...

وبجلسة ١٩٧٥/١٠/٢٦ حكمت المحكمة غيابياً للمدعى على المدعى عليها بإلزامها بأن تسلمه ولدهما (ود) لإكمال تربيته ورعايته وأمرتها بذلك .. (٢) .

---

(١) القضية ٦٥٠ سنة ١٩٧٥ شرعى بندر الزقازيق .

(٢) فارسكور جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٦ القضية ٣٥١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ، والقضية ٣٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١١/٢ والأحوال الشخصية الدكتور عبد العزيز عامر طبعة ١٩٥٨ - نبذة - ص١٩١ ، وأحكام الشرعية الإسلامية فى الأحوال الشخصية - للشيخ عمر عبد الله - ص٤٨ وحاشية إبن عابدين - جزء ٢ - ص٥٦٠ ، والأحوال الشخصية - حقوق الأولاد والأقارب للأستاذ محمد الحسينى حنفى - طبعة ٤ - ١٩٦٧ ص١٩٧ ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - للمستشار محمد الدجوى - طبعة ١ - ص٣٦٥ ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - ص٣١٤ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للشيخ محمد سلام مدكور - طبعة ١٩٧٥ - ص٤٦٥ وما بعدها ، والولاية على النفس ، ولاية التربية والحفظ - للدكتور أحمد فراج حسن - مذكرات على الآلة الناسخة لقسم الدكتوراه - ص٢٧ وما بعدها ، وشرح قانون الأحوال الشخصية العراقى - للقاضى علاء الدين خروفة - الجزء ٢ - ص٢٠٧ وما بعدها ، والمبادىء القضائية لمحكمة الإستئناف الشرعية الأردنية - للأستاذ محمد حمزة العربى - طبعة ١٩٧٣ - ص١٠٨ وما بعدها .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه إشتمل على تقرير قانونى خاطىء ، حيث قاس سن الصغير بالتقويم الميلادى ، حالة أن الصحيح فى القانون حسابها بالتقويم الهجرى ، لأن الشهور العربية هى الأصل والحساب بها ميسور ، وتنقص السنة فيها ١١ يوماً عن السنة الميلادية ، وذلك بالتطبيق لنص المادتين ٢٠و٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

والحضانة بهذه المثابة عمل ، والنساء أقدر من الرجال على أداء هذه المهمة ، وأم الصغير أولى من أبيه ومن سائر محارمه متى توافرت فيها الشروط الشرعية ، لأن الأب يعهد عادة بالطفل إلى زوجته ، وأم الصغير أكثر شفقة ، وأوفر حناناً وأبلغ عطفاً (١) .

---

(١) وقضى بأن إهمال حاضنة الصغير له إجمالاً أدى إلى حصول حوادث له سببت عاهات بجسمه ، يؤدى إلى إنتقال حق الحضانة إلى من يليها شرعاً فى الترتيب لتحافظ عليه وترعاه (بلقاس الجزئية – جلسة ١٩٦٦/٣/٢ – القضية ٢١٥ سنة ١٩٦٥ أحوال نفس) . وقضى بأن جدة الصغار لأمهم الكثيرة الخروج ليلاً فى غير عمل مشروع وإرتياد السينما ليلاً فى غير مبالاة بسنها ولا بالبيئة التى نشأت وتعيش فيها ، وما ثار حول سلوكها وطباعها وقصة إنحرافها مع شاب وزواجها منه بقسم الشرطة قبل الفجر ، وإهمالها للصغار ، كل ذلك كاف فى التدليل على عدم أمانتها (دمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٦٣/١٢/١٣ – القضية ٢٧ سنة ١٩٦٣ احوال مستأنف) ، وقضى بأن مدار حضانة الصغير على مصلحته ، وأن أم الصغير مقدمة على جدته لأبيه وهذا الحق مقرر حتى يبلغ الصغير سن الحضانة ، ولا يسقط بالإسقاط وتجبر الأم عليه حتى لا يتحقق هلاكه . أما فسق أم الصغيرة أو زواجها بأجنبى أو إحترافها الرقص ونحوه فلا يسقط حقها فى الحضانة طالما كانت الصغيرة دون سن التمييز ، فليست الحاضنة المسلمة الفاسقة فى ذلك بأحط شأناً من المجوسية أو الكتابية (بلقاس الجزئية – جلسة ١٩٧٠/٤/٢٩ – القضية ٤٢ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس) ، بينما قضى بأن إحتراف والدة الصغير للرقص مسقط لحقها فى الحضانة (القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ٢٢ يونية ١٩٤٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ١و ٢و ٣ – ص٧٩) وأن طلب الضم مما يتجدد ، فيجب سماع دعواه وإن بنيت على أسباب مشابهة للأسباب التى تقدم بها من قبل (القاهرة الإبتدائية الشرعية –جلسة ١٩٣٢/٣/٢٣ –المرجع السابق السنة ٢٢ – العدد ١ و ٢ – ص٦١) ، وأن للذمية الحق فى حضانة الصغير المسلم إن كان لا يعقل ديناً أو يخاف عليه أن يألف الكفر أو تطعمه الحاضنة ما لا يجوز لمسلم أن يتناوله (إستئناف الأسكندرية – جلسة ١٩١١/١/٢٦ –المحاماة – السنة ٤١ – العدد ٨ – ص١٢٧٤ ، –

يدل على أحقية الأم وأولويتها على صغيرها فى أيامه الأولى دلائل ثلاثة : السنة ، والإجماع ، والمعقول .

فقد روى أن أمرأة جاءت إلى الرسول ﷺ ، وقالت يا رسول الله إن إبنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء وثديى له سقاء ، وزعم أبوه أن ينتزعه منى فقال عليه الصلاة والسلام : « انت أحق به ما لم تنكحى» أى ما لم تتزوجى برجل أخر .

كما دل الإجماع على أولوية المرأة من أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تنازع مع زوجته أم جميلة - بعد أن فارقها - بشأن حضانة إبنها (عاصم) فخاضمها بين يدى أبى بكر ، فقال له أبو بكر : « ريحها ومسها خير له من الشهد عندك » ولم ينكر أحد من الصحابة الحاضرين ما قضى به الصديق رضى الله عنه .

وقد قال إبن قدامة فى أولوية الأم فى الحضانة من غيرها : « .. ولأنها أقرب إليه وأشفق ، ولا يشاركها فى القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه . وإنما يدفعه إلى إمرأته ، وأمه أولى به من إمرأة أبيه » .

والإجماع على أولوية الأم فى تربية الطفل ما دامت قد توافرت فيها الشروط التى تجعلها أهلاً للحضانة ، فلكل من الحاضنة والمحضون له حق فى الحضانة ، إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة ، فإن أسقطت حقها فى الحضانة بإقرار بقى حق الصغير قائماً (١) .

وقضت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن :

- ونفس المبدأ ، ذات المحكمة - المرجع السابق - جلسة ٦/٤/١٩٦١ - العدد ٤ - ص٥١٤ وما بعدها) ، وقضى بأن العمى لا يمنع من رعاية الطفل والإشراف على تربيته والمحافظة عليه وبخاصة إذا بلغ أقصى سن الحضانة ، راجع إبن عابدين - جزء ٢ - ص٨٧١ ، (بلقاس الشرعية - جلسة ٢٤/١/١٩٥٥ - القضية ٢١٠ سنة ١٩٥٤ أحوال نفس .

(١) جرجا الشرعية - جلسة ٢٢/٧/١٩٣٣ المحاماة الشرعية - السنة ٥- العدد ١و٢- ص١٧١ .

« للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك (١) .

ويؤكد ذلك القاضى اللبنانى الدكتور مصطفى الرافعى فى رسالة الدكتوراه المقدمة لجامعة باريس (الطلاق فى القانون الإسلامى الوضعى)(٢) ، حيث يقول فى فصل (حضانة الصغار La garde des en-fants) ما معناه .

أن حضانة الصغير الذى لم يتجاوز السابعة والصغيرة التى لم تتجاوز التاسعة مقررة للمرأة – وقد سن المشرع الإسلامى هذا التحديد مراعاة لمصلحة الصغار . إذ يكونون فى هذه السن فى حاجة ماسة لرعاية أمهن أكثر من حاجتهم إلى أبيهم ، إلا إن هذا الحق مشروط بعدم زواج الأم أو الأب بأجنبية عن الصغار ، ففى هذه الحالة . ينتقل حق حضانة الصغار إلى جدة الصغار لأمهم .

فقد رخص القانون المذكور للقاضى أن يأذن ببقاء الصغير متى بلغ سبع سنين والصغيرة متى بلغت تسع سنوات فى يد الحاضنة من النساء ، إذا دعت مصلحته أو مصلحتها لذلك .

ومصلحة الصغير تتحقق رعايتها متى تجاوز السن المحددة قانوناً ، وكان مريضاً أو مجنوناً أو معتوهاً أو ضعيفاً بحيث لا يستطيع الإستغناء عن النساء .

وهذه الحالات تستظهرها المحكمة من مشاهدة الصغير والصغيرة

---

(١) مركز دمياط الجزئية – جلسة ١٩٦٧/٦/٧ – القضية ٧٠ سنة ١٩٦٧ احوال نفس، ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٦٣/٣/٢٤القضية ٦ سنة ١٩٦٣ احوال مستأنف – وبندر المنصورة – جلسة ١٩٦٧/٢/٢٦ القضية ٥٦٥ سنة ١٩٦١ احوال نفس ، وبلقاس الجزئية – جلسة ١٩٧١/١٠/٣١ – القضية ٩٠ سنة ١٩٧١ احوال نفس .

(٢) La Repudiation dans le droit positif de l'Isam. Thèse, paris,1930,p.53.

ومن مناقشة كل منهما بالجلسة أو من تقارير الخبراء الطبيين أو النفسيين.

١٤٣ – أما كيفية إحتساب مدة الحضانة فإن الراجح فى المذهب الحنفى أن تحتسب بالسنوات الميلادية طبقًا للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ . أما المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩(١) فلم يرد بها ما يدل على طبيعة إحتساب سن الحضانة غير أن المفهوم من نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تقول :

« المراد بالسنة فى المواد من ١٢ إلى ١٨ هى السنة التى عدد أيامها٣٦٥ يومًا » وما جاء بالمذكرة الإيضاحية الخاصة بها أن حساب مدة الحضانة يكون بالسنين الهجرية لأنه أمر ميسور ، كما أن هناك فرقاً فى حسابها عن السنة الميلادية مقداره ١١ يومًا فى السنة ، فالسنين عند الفقهاء تحتسب بالأهلة ، لأن الشهور العربية هى الأصل (٢) .

---

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن المادة ٢٠ أن العمل جرى على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنوات وبلوغ الصغيرة تسعًا وهى سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغنى الصغير والصغيرة فيها عن الحضانة فيكونان فى خطر من ضمهما إلى غير النساء ، خصوصًا إذا كان متزوجاً بغير أمها ، ولذلك كثرت شكوى النساء من إنتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت ، ولما كان المعمول به فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الإستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إلى أبيها عند بلوغ حد الشهوة ، وقد إختلف الفقهاء فى تقدير السن التى يكون عندها الإستغناء بالنسبة للصغير ، فقدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم قدرها بتسع، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدره بإحدى عشرة . رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتها فى بقائها تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير وإحدى عشرة فى الصغيرة ، وإن رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء .

(٢) الفتح والعناية على الهداية – جزء ٧ – ص٢٧٨ ، والأشباه والنظائر – للسيوطى ص٢٤٥ . وتم تعديلها طبقاً للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المادة الأولى التى تنص على =

وعلى ذلك إن كان الثابت من شهادة ميلاد الصغير أن سنه ٩ سنوات ميلادية وفقاً للمادة ١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدلة :

وترتيباً على ما تقدم إذا بلغ الصغير سن الحضانة وإستغنى عن خدمة النساء كان لمن له الولاية على نفسه أن يطلب ضمه إليه إذا توافرت الشروط اللازمة فى كل من الحاضن والصغير المطلوب ضمه (١) .

الأصول القضائية الشرعية فى الحضانة (الضم) :

١٤٤- أصدرت المحاكم الشرعية أحكامًا هامة وأساسية فى الحضانة، والحقوق فيها ، وشروط الحاضن والمحضون ، يمكن عرضها فيما يلى :

(١) سبق إقرار من تطلب ضم الصغير بأنها ليست أهلاً لحضانته . مانع من سماع دعواها بطلب ضمه إليها ، وموجب لرفضها ، إذ لم يكن قد مضى على هذا الإقرار مدة كافية لتغير حالها ، إذ أن إعترافها بذلك بورقة لم تطعن عليها بمطعن مقبول حجة عليها ، فتعامل به شرعاً (٢) .

(٢) القاضى هو الذى يرى مصلحة الصغير ، فإذا رأى أن مصلحته فى بقائه فى يد أمه قضى بذلك إلى تسع فى الغلام وإحدى عشرة فى الأنثى- فإذا كان الغرض من الضم التخلص من النفقة فقط ، فهو غرض مادى

- ان تحسب المدد والمواعيد الاجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى .

(١) بلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧١/١٠/٢٤ - القضية ٨ سنة ١٩٧١ أحوال نفس ، وعكس ذلك : دمياط الإبتدائية - جلسة ١٩٧٤/٣/٣٠ - القضية ١٦ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس مستأنف - وقد ذهب إلى أن مصلحة الصغيرة فى أن تبقى مع أمها .

(٢) عابدين الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٨/٢٧ - المحاماة الشرعية - العدد ١و٢و٣-ص٦٥ .

بحت يرد على راغبه ولا يجاب إليه (١) .

(٣) ولاية ضم البكر البالغة نوع من الولاية على النفس ، تثبت لكل واحدة من الأخوة الأشقاء متى تحققت فيه شروط الولاية شرعًا – وإذا تعدد الأخوة فتكون الأولوية فى الضم للأفضل صلاحاً وورعاً ، فإن كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم سناً (٢) .

(٤) فى الحضانة حقوق ثلاثة ، بعضها فى الوجوب والرعاية أقوى من الآخر: حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب. وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها تعين المصير إليها ، وإلا فحق الصغير اولى بالرعاية والإعتبار فيقدم على حقيهما جميعاً ، لأن مدار الحضانة على نفع المحضون ، ومثل الأب كل عاصب ومثل الأم كل حاضنة ، والعاصب المفسد كالحاضنة المفسدة يسقط حقه فى إمساك الصغير متى ثبت فساده، والحاضنة الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان ، ويخشى عليه أن يألف الكفر ، فإذا خيف عليه أن يألف الكفر إنتزع منها ولو لم يعقل الأديان ، ومن ذلك أن تعمد إلى إرتياد دور العبادة والكنائس أو أن تعمد مع زوجها المسلم إلى تنصير بناتها المسلمات تبعًا لدينها فينزعن منها كما ينزعن من الأب المسلم فوراً مخافة الكفر والمحافظة على دين الإسلام (٣).

(٥) مجرد كون الحاضنة تقوم بالتدريس لا يسقط أهليتها فى حضانة الصغير فالمناط فى سقوط حق الحاضنة ليس هو الإحتراف فى ذاته ، وإنما هو ضياع الصغير وإهماله . وإذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بالرضاعة لولدها فى الأوقات الواجبة وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع إعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة

---

(١) منفلوط الشرعية – جلسة ١٩٤٦/٤/٢ – المحاماة الشرعية – العدد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٣٨ .

(٢) اللبان الشرعية – جلسة ١٩٤٨/١٠/٢٧ – المرجع السابق – العدد ٤و٥و٦–ص٢٣٧.

(٣) العطارين الشرعية –جلسة ١٩٤٨/٤/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – العدد ٧و٨ – ص٢٣٧ .

الرضيع المذكور وحفظه طبقاً لما تشير إليه النصوص الشرعية (١) .

(٦) لاحق للنساء فى حضانة الصغيرة بعد تجاوزها التاسعة إلا إذا تبين للقاضى أن مصلحة الصغيرة تقتضى ذلك (م٢٠ق٢٥ لسنة ١٩٢٩) ، فإذا بلغت الصغيرة الحادية عشرة قبل فرض أجرة الحضانة ، فليس للحاضنة بعد ذلك حق المطالبة بفرض أجرة للحضانة عن المدة من بلوغ الصغيرة التاسعة إلى الحادية عشرة ، لأن أجرة الحضانة لا تعتمد اليد فقط، بل يشترط أن تكون الصغيرة فى سن الحضانة أيضاً (٢) .

(٧) تزوج الأم بأجنبى من ولدها الرضيع وسقوط حقها فى حضانته بسبب ذلك لا يمنع القاضى تركه فى يدها دون ضمه إلى أبيه متى رأى أن مصلحته فى هذا الترك (٣) .

(٨) الغرض من الحضانة هو حفظ المحضون ، فإن لم يتحقق فى الحاضنة ذلك فلا يحكم لها بها - العمى من أكبر أمارات العجز عن القيام بالحضانة ، لأن العمياء عاجزة عن القيام بأمر نفسها ، فهى عن القيام بأمر غيرها أعجز (٤) .

(٩) إحتراف والدة الصغير التمثيل والرقص ، مسقط لحقها فى الحضانة (٥) .

(١٠) طلب ضم الصغير مما يتجدد ، فإذا إدعى الطالب أسباباً حادثة

---

(١) أسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١٠/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - العدد ١و٢ و ٣ - ص٨٩ .

(٢) طنطا الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١٢/٧ - المرجع لسابق - السنة ٢١ - العدد ٣و٤ - ص١٧٩ .

(٣) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٥/٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٧و٨- ص٣٨١ .

(٤) العطارين الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٥/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٧و٨-ص٣٨١ .

(٥) كفر الشيخ الشرعية - جلسة ١٩٥٠/٤/١١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٧و٨ - ص٤٣٣ .

بعد الأحكام الصادرة برفض طلبه ، وجب سماع دعواه ، وإن شابهت الأسباب التى تقدم بها من قبل- إن وجود الحاضنة خارج المنزل إلى الساعة الواحدة صباحاً غير كاف فى عدم أهليتها للحضانة ما دام لم يتكرر (١) .

(١١) لا يؤثر فى دعوى الضم ظهور قصد مدعيها إسقاط نفقة الصغير ما دام الصغير قد تجاوز الحادية عشرة ، وحق له أن يكون مع عاصب مدرم متى كان أميناً (٢) .

(١٢) تأخر الولى العاصب فى أداء المفروض بحكم نفقة للمحضون ، لا تأثير فى طلب ضمه ، ولا يقدح فى أمانته ، لأن التنفيذ طرقاً ، متى بلغ المحضون بالعلامات بأنواعها ، ساغ له أن يخاصم ، ويخاصم بدون حاجة إلى بلوغ السن القانونية ، وتصدق المحضونة فى الإقرار بالعلامات غير الظاهرة متى بلغت تسعاً (٣) .

(١٣) نص الفقهاء على أن المراد بأمانة الحاضنة أن يضيع الولد عندها بإشتغالها عنه بالخروج من منزلها فى كل وقت فإن كانت غير مأمونة كأن كانت تخرج كل وقت ، وتترك الولد ضائعًا سقط حقها فى حضانته ، وعلى أن الحضانة للأم ثم لمن يليها من الإناث ثم للعصبات بترتيب الإرث ، وقرروا أن الحاضنة أمًا أو غيرها أحق بحضانة الصغير حتى يتجاوز سن الحضانة (إبن عابدين - جزء ٢) (٤) .

(١٤) لا يجاب العاصب (عم الصغير) لطلب ضم المحضون إذا رغب التسول به (٥) .

---

(١) القاهرة الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٦/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ١ و ٢ - ص٢٩ .

(٢) القاهرة الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٤/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ و ٢ - ص٦٤ .

(٣) أسوان الكلية الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ١ و ٢ - ص٧٢ .

(٤) بنى سويف الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/١٢/٥ - المرجع السابق السنة ٢٢ - العدد ٩ و ١٠ - ص٦٢٩ .

(٥) إسنا الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٩ و ١٠ - ص٦٥٤ .

(١٥) تجاب الجدة لأب المتبرعة إلى طلب إستلام الصغير من حاضنته (جدة الصغير لأمه) لتحضنه بلا أجر متى كانت أهلاً للحضانة وذلك حرصًا على مال الصغير ، بعد أن خيرت حاضنته المأجورة ورفضت إمساكه بغير أجر (١) .

(١٦) المنصوص عليه شرعاً أن الفتاة إذا كانت بكراً بالغة رشيدة فإنها لا تضم إلى عاصبها جبراً عنها (٢) .

(١٧) الإذن للقاصرة بإدارة أموالها منفردة دليل على رشدها ورجاحة عقلها وما دامت أمينة فى حق المال كانت أمينة فى حق النفس ، ويصدق عليها قول الفقهاء . أنها إجتمع لها رأى وعفة – المناط فى ضم البكر البالغة خشية الفتنة والفساد ، فإذا إجتمع لها رأى وعفة لا تضم لعاصبها ولو كانت شابة خصوصاً إذا قامت مع إمرأة أمينة مجربة (٣) .

(١٨) ولاية الأب على الصغير مقيدة بتحقيق مصلحته شرعاً ، وإذا تعارض حق الصغير مع وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه مع حق أبيه فى ضمه إليه ، وجب على القاضى بما له من الولاية العامة رعاية الصغير تحقيقًا لأرجح المصلحتين . فإذا سلك الأب طريق الأشرار وصاحبهم وأتلف ما له بطريق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم وسقط حقه فى ضمهم إليه وإنتقل الحق إلى من يليه من الأولياء على ترتيب الميراث شرعاً (٤) .

(١٩) المناط فى ضم الصغير لأبيه بعد تجاوزه سن الحضانة هو

---

(١) مغاغة الشرعية – جلسة ١٩٠٢/٢/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٤و٥ – ص٢٨٠ .

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٥١/٢/٩ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٨و٩ – ص٤١٢ .

(٣) إمبابة الشرعية – جلسة ١٩٥١/١/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ٧و٨ – ص٣٨٢ .

(٤) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٥/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ٧و٨و– ص٣٦٨ .

تحقيق مصلحته وحسن رعايته ، فإذا لم تتحقق هذه المصلحة بل وقع الضرر على الصغير فبقاؤه فى يد أمه أولى ، ووجب إيقاف حكم الضم (١) .

(٢٠) وجود الصغير فى المدرسة وإنتقاله من فرقة إلى فرقة دليل على سلامة عقله والدفع بمرضه بالعته كيدى - إذا ثبت للمحكمة صحة إعتذار المدعى عن إحضار الصغير بالجلسة لخوفه من خطفه قبل إعتذاره - وللمحكمة أن تعيد إختبار الصغير لمعرفة قوة عقله وإن سبق للأطباء إختباره (٢) .

(٢١) المنصوص عليه شرعاً أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقاً يلزم منه ضياع الولد عندها ، سقط حقها ، وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية (إبن عابدين -جزء ٢ - ص٨٧٢) ، وقد قال الفقهاء فى الكتابية أنها كالمسلمة ما لم يعقل ديناً أو يخاف عليه بأن يألف الكفر ، وقدر بعضهم السن التى بها يعقل الصغير ما ذكر بسبع سنين ، ولكن لو نظرنا إلى الواقع الآن نجد أن الصغير يتأثر كثيراً بما حوله قبل بلوغ هذه السن على الأخص فيما يشاهده من أفعال شائنة تحيط به وأنه يدرك كثيراً منها(٣) .

(٢٢) المدرسة أهل لحضانة أولادها وتربيتهم ، لأنها إذا كانت أهلاً لتربية أولاد غيرها ، فهى فى تربية أولادها تكون أهلاً بالولاية (٤) .

(٢٣) فى الحضانة حقوق ثلاثة بعضها فى الوجوب أقوى من البعض الآخر : حق الصغير - وحق الأم - وحق الأب ، وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فحق الصغير هو

---

(١) القاهرة الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٧و٨ - ص٣٦٠ .

(٢) الجيزة الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٥/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٧و٨- ص٣٨٨ .

(٣) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٣/١/٤ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ١و ٢ - ص٨٠ .

(٤) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٣/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ١٠ - ص١١١ .

المقدم على حقيهما جميعًا ، لأن المدار فى الحضانة على نفع المحضون ، ومثل الأب كل عاصب ، ومثل الأم كل حاضنة . والعاصب المفسد كالحاضنة المفسدة يسقط حقه فى ضم الصغير وحفظه متى ثبت فساده . والحاضنة الذمية أحق بولدها المسلم إلا إذا خيف عليه أن يألف الكفر ، وإن لم يعقل الأديان ، فإذا خيف عليه ذلك إنتزع منها فوراً محافظة على دينه (١) .

(٢٤) الكبيرة إذا إكتمل لها عقد ودين لا تضم إلى المحرم العاصب وتكون دعواه الضم دعوى كيدية (٢) .

(٢٥) الأمانة وغيرها من الصفات التى تتغير فى الإنسان فقد يطرأ عليها ما يزيدها أو ينقصها ، كأن يجن الشخص بعد أن كان عاقلاً أو يصبح فاسقًا بعد أن كان مستقيمًا . إن مناط الضم هو مصلحة الصغيرة دون سواها ومصلحتها فى بقائها فى يد أبيها طالما كان متصفًا بالأمانة . إذ هو الأقدر على حفظها ورعايتها وهو الذى يقطع يد السوء إذا إمتدت إليها ويأبى على أقرب أقربائه أن تمتد يد بسوء إلى بنته محافظة على كرامته وعرضه. إن مجرد الإتهام لا يقف تنفيذ حكم الضم ، وإلا لفتحنا شراً مستطيراً ، ولأدى ذلك إلى كثير من إبطال حكم الضم ، وللجأ كل صغير أو صغيرة إلى إتهام الوالد قصداً إلى تعطيل هذه الأحكام (٣) .

(٢٦) إذا حكم بضم الصغير إلى والده لتجاوزه أقصى سن الحضانة الشرعي والقانونى وتسلمه فعلاً بعد أن صار هذا الحكم نهائياً ، فلا يجوز لوالدته أن تتهم والده بتهم مريبة شنيعة بقصد نزعه منه وإعادته إليها ، وخاصة إذا كان الطرفان من أسر كريمة ووالد الصغير يشغل مركزاً ممتازاً، وقد عاشرته المدعية مدة طويلة وأنجبت منه أولاداً سوى هذا

---

(١) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٤٦/٥/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – العدد ١ و ٢– ص١٢ ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٧/١/٢٩ – الدائرة الأولى الشرعية – القضية ٩٤ سنة ١٩٧٦ أحوال نفس مستأنف .

(٢) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٤/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – العدد ١و ٢ ص١١٢ .

(٣) مصر الجديدة الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٦/١٣–المرجع السابق – السنة ٢٥ – العدد ٤ و ٥ – ص٢٠٤ .

الصغير وقد تجاوز الستين من عمره (١) .

(٢٧) رفع دعوى التخيير فى حضانة الصغير بين حضانته مجاناً أو دفعه للمتبرعة تكون من الواجب عليه النفقة والمتبرعة معاً ، وهو أولى من رفعها من أحدهما لما فى كل واحد منهما معنى لا يعتبر فى الآخر . ويجب فى سماع دعوى التخيير إعسار من تجب عليه نفقته وقدرة المتبرعة على الحضانة (٢) .

(٢٨) معنى الحضانة تربية الطفل ورعايته والإشراف عليه فى مدة معينة حسبما جرى عليه العرف ، وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة ، ولأن المعروف أن الأطفال فى هذا السن كثيراً ما يلهون ويلعبون وفى الأرض يمرحون (٣) .

(٢٩) الحاضنات حين رتبن روعى فى ترتيبهن تقديم قرابة الأم إستجابة للغريزة الطبيعية المتحققة فى الأم وقرابتها من جيث الشفقة على الصغير والعناية بصحته ونظافته ، ومصلحة الصغير الصحية مقدمة على المصلحة المالية له أو لوالده (٤) .

(٣٠) المقرر شرعاً أن الأم لا تجبر على حضانة طفلها وإرضاعه إلا إذا كان الصغير لا يقبل ثدى غيرها ، وإذا لم توجد من ترضعه سواها ، وإذا لم يكن للصغير ولا لأبيه مال يستأجر به من ترضعه ، وإذا لم توجد من تتبرع بإرضاعه .

(٣١) يقع صحيحاً ونافذاً إسقاط الحاضنة حقها فى حضانة صغيرها

---

(١) العطارين الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٤/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – العدد ١ و ٢ – ص٩٩ .

(٢) السنبلاوين الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٦/٢٩ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – العدد ٧ و ٨ – ص٤٤٨ .

(٣) بنى سويف الكلية الشرعية – جلسة ١٩٥١/١٢/٥ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص٦٤٠ .

(٤) الجمالية الشرعية – جلسة ١٩٥١/٢/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص٣٨١ .

لأنه خالص حقها ، وللأم (الحاضنة) أن ترجع عما تنازلت عنه وتطلب الحكم لها بحضانة صغيرها طالما كان فى سن حضانة النساء .

(٣٢) المقرر فقهاً وقضاء أن مدار الحضانة على مصلحة الصغير .

(٣٣) المقرر شرعاً مكنة إعادة تنفيذ حكم الضم على المحكوم عليه كلما دعت الحاجة إلى تنفيذه ، وخاصة فى حالة هرب المحكوم ضده بعد تنفيذ الحكم عليه .

(٣٤) المقرر شرعًا أن الصغير يعيش حيث شاء إذا بلغ بالحلم ، وحده الأدنى إثنتا عشرة سنة ، متى كان موفور الصحة وظاهر الحال يدعو إلى تصديقه ، ومن ثم فمن حقه أن يختار مع أى الأبوين يعيش .

(٣٥) المقرر فقهاً أن مرض الصغير يجعل الحق فى حضانته للنساء، ولا يمكن أن تكون إصابة الصغير من يد حاضنته ، ولا يكون دليلاً على إهمالها .

(٣٦) المقرر فقهًا أن للحاضنة مباشرة شئون الصغير المحضون بنفسها ، وأجازوا لها إشراك غيرها معها فى القيام على خدمته ورعايته كما هو الشأن فى الحاضنة الكفيفة ، ومن ثم فلا يسقط حق المطلقة فى الحضانة إدخالها الصغير داراً للحضانة قريباً من مقر عملها ، حتى إذا فرغت من العمل تسلمته فى طريق عودتها إلى منزلها ، ذلك لأن المتخصصات فى دور الحضانة أحسن من المربيات فى البيوت .

(٣٧) إذا سافر والد الصغير للعمل ببلد عربى ، ودفع بولده إلى زوجته الأخرى وهى أجنبية عنه تحمل له الكراهية وبغضًا ، وأنها إتخذت من الصغير خادمًا لصغيرها بعد أن حرمته من التعليم ، فإن ذلك يجعل والد الصغير غير أمين عليه ، ولما كان المقرر شرعًا أن مدار الحضانة على نفع المحضون ومصلحته ، فإن فى بقاء الصغير عند أبيه تفويتاً لمصلحته وضياعاً محققاً له ، ومن ثم فقد حق لوالدة الصغير المطالبة به .

(٣٨) لم يشترط الفقهاء لصلاحية الحاضنة أن تكون مبصرة ، فمتى كانت غير متزوجة بأجنبى عنه ، وأمينة عليه ، وقادرة على حضانته ، فإنها تكون اهلاً للحضانة ، إذ ليس بلازم أن تباشر الحاضنة شئون المحضون

بنفسها ، بل يكفى أن تشرف على شئونه بواسطة غيرها من توابعها وأقاربها المقيمين معها .

(٣٩) إذا تزوجت الوصية الحاضنة بأجنبى عن الأولاد ، فإن حقها فى حضانتهم يسقط ، وينتقل إلى من يليها من الحاضنات أو صاحب الحق فيها.

(٤٠) إذا حكم برفض الدعوى المقامة من الأب بطلب ضم إبنه لأسباب متعلقة بعدم أمانته ، فإن حق حضانة الصغير ينتقل إلى أقرب عاصب له ، والجد لأب ممن لهم حق ضم إبنه ، ما لم يثبت تواطؤه مع والد الصغير وعدم أمانته ، ففى الحالتين الأخيرتين تكون دعوى الضم مستوجبة الرفض .

(٤١) من المقرر شرعاً أن جدة الصغير لأبيه مقدمة على خالته فى الحضانة ، ما لم يقم بها مانع كالعجز عن القيام بشئون الطفلة لكبر السن أو غير ذلك من الأسباب المانعة من الحق فى الحضانة .

(٤٢) الراجح فى القضاء الشرعى أنه لا يشترط الإبصار فى الحاضن الرجال أو الحاضنة من النساء ، ما دامت مصلحة الصغير متحققة ، على أن الصغير – بعد تجاوزه لسن حضانة النساء محتاج لمزيد من الرقابة ، وهذه الرقابة لا تحتاج إلى الإبصار ، ولذا جاء الرأى بأن الحاضن غير المبصر (أو الحاضنة غير المبصرة) أهل للحضانة .

(٤٣) المقرر فقهًا أن حضانة المعتوه حق للنساء ، فإذا بلغ الصغير معتوهاً بقى عند حاضنته ، وإذا طرأ عليه العته بعد إنتقاله إلى الحاضن من الرجال ، نزع منه وسلم إلى الحاضنة من النساء ، تأسيسًا على أن مدار الحضانة على نفع المحضون ومصلحته . والمعتوه مهما بلغ من العمر ، فإنه يأخذ حكم الصغير ، ومن ثم فإن الدعوى من شقيقه أو ممن لها حق الحضانة من النساء تكون مستوجبة الرفض ، ذلك أن زوجة المعتوه وإن لم تكن ممن لهن حق حضانة زوجها شرعًا ، إلا أن لها حقوقًا أخرى لا تستوفى إلا بوجود الزوجين معاً ، وهى حقوق جديرة بالرعاية ، فضلاً عن أن من حق القاضى أن يضع المحضون عند من يراه أميناً عليه وتتحقق

لديه مصلحته ، ولو لم يكن ممن لهم حق حضانته .

(٤٤) المقرر شرعاً أن تعرض الصغير لبعض المتاعب (كالسقوط من فوق السلم وتهشم بعض أضلاعه) وهو فى حضانة أمه أو جدته ، غير مسقط لحقها فى الحضانة ، ذلك لأنه ليس معنى الحضانة أن يلتصق الصغير بحاضنته لا يفترقان ، وليس مفهوم الحضانة أن يحبسا معاً ، وأن يلازمها الطفل كظلها .

(٤٥) المقرر شرعًا أن حق الأخ الشقيق فى ضم أخته مقدم على حق عمه الشقيق فى ضمها ، حتى ولو كان ، الأخ الشقيق لم يبلغ سن الرشد بعد ، إذ يكفى لسماع دعواه أن يكون قد بلغ الخامسة عشرة من عمره .

(٤٦) المتفق عليه فقهاً أن دعوى العم الشقيق بطلب ضم إبنة أخيه غير مسموعة إذا كان له ولد مراهق يقيم معه ، تجنبًا للفتنة وخوفًا على الصغيرة من إختلاطها ، بهذا الإبن . أما إذا كان للبنت أخ شقيق بلغ الخامسة عشر من العمر ، فإنه يكون أولى بحضانتها من عمها .

(٤٧) المقرر شرعًا أنه لا حق لأبناء العم والعمة والخال فى حضانة الإناث ولهم الحق فى حضانة الذكور ، وأنه لا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الذكور ولهم حق فى حضانة الإناث ، ومن ثم فإن الدعوى بطلب ضم إبن العم تكون مسموعة ، أما الدعوى بطلب ضم إبنته فلا تكون كذلك .

(٤٨) فى ضم البنت لإبن عمها رأيان فى الفقه :

رأى – يذهب إلى أنه يشترط فى الحاضن من الرجال أن يكون رحمًا محرماً من المحضون إذا كان أنثى ، فإذا كان إبن العم ليس بمحرم من إبنة عمه أى أنه يجوز له الزواج منها ، ومن ثم فلا يحق لإبن العم حضانة بنت إبن عمه خوفاً من الفتنة .

ورأى – يقول بأنه يجوز للقاضى إذا لم يكن للصغيرة من عصبتها من يحضنها سوى إبن عمها وكان مأموناً عليها وصالحًا لحضانتها ، فإنها تسلم إليه ، ومن ثم فإن الأمر يصبح متروكاً للمحكمة تقدره حسبما ترى من واقع الأوراق والمستندات المقدمة فى الدعوى .

(٤٩) المقرر شرعًا وقانونًا أنه إذا تنازلت أم الصغير عن حضانته ، وكان لا يزال فى سن حضانة النساء ، فإن حق حضانته ينتقل إلى من يليها فى ترتيب من لهن هذا الحق من النساء ، ولما كانت الخالة مقدمة على العمة فى هذا الترتيب ، فإنه لا يوثر فى هذا الحق سبق تنازل أم الصغير عن حضانته ، لأن هذا التنازل لا يتعدى أثره إليها ، بل أن تنازل أم الصغير لا يسقط حقها إلى الأبد ، بل من حقها أن ترجع فيه .

(٥٠) المقرر شرعاً أنه إذا تساوت الحاضنات فى درجة القرابة للصغير، فإن أحقهن بحضانته من كانت متصلة به بقرابتين أى بقرابة من جهة أمه وقرابة من جهة أبيه ، أما العم فلا حق له فى حضانته - فى هذه الحالة - متى كان الصغير دون التاسعة من عمره ، ولا يغير من ذلك كونه وصياً على أمواله .

(٥١) المقرر شرعاً أنه يشترط فى الحاضن - رجلاً كان أو إمرأة - أن يكون قادراً على الحضانة وعلى رعاية مصلحة الصغير ، فإذا إنتفت القدرة ، سقطت أهلية الحضانة عنه ، وأن الشلل من أكبر مظاهر العجز .

(٥٢) المقرر شرعًا أن حق الأب فى حضانة إبنه إذا بلغ سن التناسل بلوغاً طبيعياً ، وكان رشيداً غير مفسد ، وأدنى سن البلوغ للولد إثنا عشر عاماً ، إذا كان ظاهر حاله يؤيد البلوغ بأن كان موفور الصحة والعافية ، فإذا بلغ سفيهًا مفسداً أو فاسقاً ، فإنه يبقى فى حضانة والده ، ولا حق له فى إختيار المكان الذى يعيش فيه ، ولو طرأ عليه الفساد أو الفسق بعد إنتقاله من عند والده وإختياره لمكان آخر ، فإن من حق والده أن يضمه إليه ثانياً ، تأسيساً على أن الحضانة تقوم أساسًا على مصلحة الأولاد ونفعهم ، ومن المصلحة فى تلك الحالة أن يكون الولد مع أبيه ليقوم ما اعوج من أخلاقه .

(٥٣) يقضى منشور الحقانية بأنه فى حالة ما إذا كان محكوماً بالضم على صغير ، وكان محكومًا للصغير من قبل بالنفقة ، فإنه يتعين على جهة العمل المحجوز تحت يدها أن تمتنع عن تنفيذ الحكم إلا إذا حضر المحكوم له شخصياً لإستلام مقابل نفقته ، حتى يتسنى تنفيذ الحكمين معاً (حكم النفقة وحكم الضم) ومن ثم يحق للمحكوم عليه بالنفقة أن يطلب من الجهة التى يعمل فيها عدم تنفيذ حكم النفقة إلا إذا حضرت إبنته

شخصياً لإستلام المبلغ المحكوم به ، وعند حضورها يمكنه تنفيذ حكم الضم بطريق التنفيذ الإدارى (الشرطة) .

(٥٤) المقرر شرعاً وقانوناً انه يشترط لضم الأنثى الكبيرة إلى عاصبها الا تكون مأمونة على نفسها ، وعاجزة عن القيام على شئونها ، فإذا لم تكن كذلك ، وكان لها من ثقافتها ومركزها الإجتماعى ما يعصمها من الخطأ ، فإنها لا تضم إلى أحد .

(٥٥) المقرر شرعاً أن إنتقال الحاضنة بالصغير لا يسقط حقها فى الحضانة ولا فى أجر الحضانة ، سواء أكان الإنتقال إلى مكان قريب أو إلى مكان بعيد ، ذلك أنه لا يشترط لأهلية الحاضنة للحضانة أن تقيم فى المكان الذى يقيم فيه والد الصغير . على إنه إذا كان الإنتقال إلى مكان بعيد لا يستطيع الأب ان يرى إبنه ويعود فى نفس اليوم إلا بمشقة ، فإن للأب ان يطلب ضم الصغير إليه ، بحيث إذا عادت الحاضنة إلى الإقامة فى المكان الذى يحق لها أن تقيم فيه مع الصغير شرعاً ، وزال السبب الموجب لدعوى الضم المقامة من أبيه ، فإن الدعوى تكون غير مسموعة . أما نفقة الصغير فلا تسقط عن الأب أبداً .

(٥٦) المقرر شرعاً أن للحاضنة الأم أن تنتقل بالصغير إلى اى مكان فى ذات البلد الذى يقيم فيه الأب أو إلى بلد قريب . بحيث يتمكن الأب من رؤية إبنه ويعود فى نفس اليوم الذى سافر فيه دون مشقة ، وبشرط ألا يكون إنتقالاً من المدينة إلى القرية ، حتى لا ينشأ الطفل على طباع أهل القرى ، فإذا كان إنتقالها من مدينة إلى مدينة أو من قرية إلى قرية أو من قرية إلى مدينة ، وتكون المدينة أو القرية قريبة من بلدة الأب ، فإنها لا تمنع من ذلك ما دام أن الأب سيتمكن من رؤية إبنه ويعود فى نفس اليوم .

أما إذا كان الإنتقال إلى مكان بعيد ، فإنه يكون مشروطاً بشرطين ، يتعين تحققهما معاً ، هما :

الأول – أن يكون المكان الذى إنتقلت إليه هو موطنها الأصلى .

الثانى – أن يكون عقد زواجها تم فيه .

فإذا تخلف الشرطان أحدهما أو كلاهما ، فقد حق للأب ضم صغيره إليه ، دفعاً للضرر المحدق بالصغير ورعاية لمستقبله .

(الدر المختار ورد المحتار – جزء ٢ – ص٦٥٩) .

(٥٧) المقرر شرعًا أنه إذا تجاوز الصغير (أو الصغيرة) سن حضانة النساء ، فإنه يضم إلى الحاضن من الرجال ليتخلق بأخلاقهم ، فإذا كان الحاضن فاسد الأخلاق ، فإن الغرض من ضم الصغير إليه ينتفى ، ويتعين فى هذه الحالة نزع الصغير من يده ، أو عدم ضمه إليه ، وذلك رعاية لمصلحة الصغير ، حتى لا ينشأ فاسد الخلق منحرفاً كحاضنته ، إذ لا سند للقول بأن أمانة الآباء على أبنائهم مفترضة فيهم دائماً ، لما قرره الفقهاء من أن العاصب المفسد لا حق له فى الحضانة ، والعاصب يشمل الأب والجد والعم أى كل عاصب للصغير . فإذا كان الأب فاسداً منحرفًا سقطت عنه أهليته الحضانة ، ويضم الصغير إلى من يليه فى الحق ، فإن لم يكن هناك من يليه ، بقى عند والدته .

(٥٨) المقرر شرعاً أن من شروط الحضانة أن يكون الحاضن أميناً على مال المحضون ، ونفسه ، قادراً على صيانتها . ولا يتصور بعد الحجر على الزوج للسفه وثبوت عدم أمانته على أمواله التى بددها لسوء تصرفه وفساد رأيه وضعف إرادته أن يكون له حق فى حضانة إبنه .

(٥٩) المقرر شرعاً أن رجحان العقل والتدبير ، مانع من ضم البنت التى تجاوزت أقصى سن الحضانة ، وأن حصول الفتاة على قدر معقول من الثقافة (الجامعة) يصلح أن يكون بديلاً عن التقدم فى السن أو الدخول ، كما أن المقرر فقهًا أنه إذا كانت البنت البالغ – المطلوب ضمها – سبق لها الزواج وأنها مأمونة على نفسها ، فليس للأب أو لغيره من العاصبين أو غيرهم ، طلب ضمها ، بل تخير – والمثقفة – فى أن تقيم حيث تشاء – تأسيساً على أن سبق زواجها أكسبها خبرة بالرجال وبأساليبهم .

(٦٠) المقرر شرعًا إذا كان الأب قادراً على تعليم أولاده وتثقيفهم ، فإنه لا يجوز له أن يحرمهم منها بمقولة إنه الولى الشرعى عليهم . ويملك الحرية الكاملة فى توجيههم والتصرف فى شئونهم ، فإن هذا الحق مقيد لمصلحة الأولاد ، فإذا تعارض معها ، أو قام الدليل على إغفال مصلحة الولد بسوء نية ، فقد تعين أن تسلب ولاية الولى عنه وأن يولى غيره ، والمرجع فى ذلك هو القاضى الشرعى صاحب الولاية العامة التى تنبسط على أصحاب الولايات الخاصة .

وترتيبًا على ذلك يحق لوالدة الصغير أن ترفع ضد وليه دعوى يطلب منع تعرضه بحكم الضم السابق صدوره لصالحه ، وإذ كانت هذه الدعوى لا تمنع من تنفيذ حكم الضم مرة ثانية فى حالة هرب الصغير إلى والدته ، فإن السبيل إلى وقف تنفيذه هو بإقامة إشكال فى تنفيذه أمام قاضى التنفيذ المختص حتى يفصل إنتهائياً فى دعوى منع التعرض المقامة أمام القاضى الشرعى بالمحكمة الجزئية .

(٦١) المقرر شرعاً وقانوناً أن لوالد الصغير المعسر أن يقيم دعواه ضد حاضنة الولد بطلب تخييرها بأن تحضنه مجاناً وتنفق عليه من مالها ، أو أن تسلمه لجدته لأبيه لتتولى هى ذلك .

(٦٢) المقرر شرعاً أن إعتداء زوجة الأب على الصغير وإحداث إصابات بجسمه موجب مسوغ لسماع دعوى والدته بطلب منع تعرض والده بحكم الضم السابق صدوره ضدها .

(٦٣) المقرر فى القانون عدم جواز فرض النفقة فيما يدخره الصغير من مصروفاته الشخصية تشجيعًا للصغار على الإدخار ، ولذا إستقرت أحكام القضاء على الحكم بإلزام الوالد بأداء النفقة الواجبة عليه شرعًا لولده.

(٦٤) المقرر أن مقارفة أم الصغار وحاضنتهم جريمة إصدار شيك بدون رصيد لا يسقط حضانتها لهم ، خاصة أن الصغار لا يمكن أن يتأثروا بها ، ولا يعقلانها .

(٦٥) المقرر شرعًا أن إنشغال الحاضنة عن المحضون حتى ولو كان للعبادة يسقط حقها فى الحضانة ، وعلى هذا إجماع علماء الشريعة الإسلامية .

(٦٦) المقرر شرعاً أن حق الأب (وكل عاصب) فى ضم إبنته إليه يبطل بمجرد زواجها ، إستناداً إلى أن عقد الزواج ينشىء للزوج الحق فى طاعة زوجته ووجوب مساكنتها له ، ويعلل الفقهاء بأنه لو بقى للأولياء حق الضم إلى الأبد لترتب على ذلك إبطال حق الزوج فى طاعة زوجته ، وإنعدم أثر الزواج ، وضاعت الحكمة منه .

(٦٧) المنصوص عليه شرعًا أن حق الحضانة يعود بالطلاق البائن لزوال المانع وهو إمساك الصغير في بيت المبغضين له ، وقد إرتفعت بالفرقة البائنة ولاية الزوج الأجنبي فلا ضرر على الصغير سواء مضت مدة تحمل إنقضاء العدة أولاً (١) .

(٦٨) إلتزام الأم في مجلس الطلاق بحضانة ولدها مجاناً نظير الطلاق ثم حصول الطلاق في نفس المجلس يجعل هذا الإلتزام من جملة العوض عن الطلاق ولو لم يرد ذكر ذلك في الإشهاد (٢) .

(٦٩) المقرر شرعًا أن نفقة الصغير لا تسقط بإستلام والده له ، أما الذي يسقط فهو الأمر بأدائها ، كما تسقط الأجور ، والساقط لا يعود إلا بحكم جديد . فإذا عاد الولد إلى يدها كان لها أن ترفع دعوى بطلب إستمرار ما كان مفروضاً لنفقة الولد والأمر بأدائه إليها من يوم إستلامه ويفرض أجر حضانة ومسكن وخادم .

(٧٠) قضاء المحاكم الشرعية على أنه إذا تعدد من تجب عليهم نفقة الفقير المحتاج ، فإن النفقة تجب عليهم بالتساوي إن كانوا يتساوون في اليسار أو بينهم تفاوت يسير ، فإن إختلفوا يساراً وتفاوتوا فيه تفاوتاً كبيراً، فإن النفقة تفرض عليهم بحسب يسار كل منهم .

(٧١) المقرر في النفقة أنه إذا كان الزوج فقيراً عاجزاً عن الكسب لكبر سنه ومرضه ، فإن نفقة زوجته تجب على أولاده وإن لم تكن والدتهم ، فإذا ما ثبت أن معاش الزوج لا يغطي مصروفات علاجه وبالتالي لا يكفي للإنفاق على زوجته ، فلها الحق في طلب تقدير نفقة لها على أولاد زوجها .

(٧٢) المقرر شرعًا أن الكفيل (الأب) ملزم بنفقة الأصيل (الإبن) ، والكفيل خصم فيها في حالات الرضا والغصب ، وللزوجة أن تطالبه وحده ويؤمر بأداء النفقة التي لم تستوفها من زوجها حتى ولو كانت متواطئة معه ولا خصومة بينها وبين زوجها – ومن ثم فإن الدفع بعدم وجود

---

(١) كوم حمادة الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٩/٢٦– المرجع السابق – السنة ٦ – ص٩٥٢ .

(٢) جرجا الشرعية – جلسة ١٩٤٣/٥/٣١ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١٦٢.

خصومة بين الزوجين وتواطؤها على رفع الدعوى بالنفقة ضد الكفيل يكون غير منتج ولا يعول عليه .

(٧٣) إذا سافرت الزوجة لأداء فريضة الحج غير مصاحبة لزوجها أو ذى رحم محرم منها (كالأب – أو الأخ – أو العم – أو الخال) فإنها تكون عاصية وتسقط نفقتها لفوات الإحتباس فى فترة وجودها بالأراضى الحجازية .

(٧٤) المقرر أن المحكوم به لنفقة الصغير يسقط إعتباراً من اليوم التالى لتنفيذ حكم الضم وليس من تاريخ صدوره ، إذ بالضم تكون يد الحاضنة قد إرتفعت . وبالنسبة لأجر الحضانة فيسقط إعتباراً من تاريخ بلوغ سن التاسعة ، لأن أجر الحضانة منوط بحاجة الصغير إلى خدمة حاضنته ، وببلوغه وضمه الدليل على إستغنائه عن خدمتها .

(٧٥) شرط إلتزام الأولاد الموسرين بنفقة أبيهم الفقر والإحتياج ولو كان قادراً على الكسب ، وكذلك الأم ، لقوله تعالى : « وبالوالدين إحسانا ، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهم أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريما » ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » .

(٧٦) المقرر شرعًا أنه يشترط لكى يكون تحمل الأم بنفقة أولادها صحيحاً ونافذاً أن يكون وقت إيقاع الزوج للطلاق وفى مجلسه ، وأن يكون الطلاق فور التحمل أو الإبراء من النفقة . فإن كان التحمل بنفقة الأولاد أو الإبراء من نفقة الزوجية قبل أو بعد الطلاق وفى غير مجلسه فإنه يقع باطلاً ، ولا تلتزم الأم المطلقة به .

كما أن المقرر شرعاً أنه إذا تحملت الأم نفقة أولادها مقابل طلاقها من والدهم ، ثم أعسرت بعد أن كانت موسرة ، فإنه يحكم للأولاد بنفقة على والدهم حماية لهم من الضياع والتشرد والهلاك .

(٧٧) للزوجة التى لم تبلغ السادسة عشر من عمرها أن تقاضى زوجها وتطالبه بنفقة أولادها . ولما كانت الزوجة التى دون سن السادسة عشرة لا يحكم لها بنفقة على زوجها حتى تبلغها وحتى تسمع دعواها ، فإنها تستحق عليه أجور حضانة وإرضاع ومسكن وخدمة لأولادها ، فإذا ما

بلغت السادسة عشرة ونهض حقها فى المطالبة بنفقتها سقط حكم الأجور لأنه لا يجوز الجمع بين نفقة الزوجية أو العدة وأجور الحضانة والإرضاع .

(٧٨) إقرار الزوجة بقبض مبلغ كبير نفقة ولدها منه لعشر سنوات قادمات مع فقره المشتهر ، وإقتران هذا الإقرار بطلاقه لها على الإبراء ، كل ذلك يقوم قرينة على عدم صحة الإقرار ، وعلى أنه صدر للحاجة الملحة للتخلص من حياتها معه والمتاعب التى كانت تعانيها ، وهذا النوع من الإقرار عبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بإقرار التلجئة وهو باطل شرعاً .

(٧٩) إذا حكم على الزوج بالأشغال الشاقة المؤبدة وكان لا دخل له ولا مال ، فإنه يعد عاجزاً عن الكسب ، وتجب نفقة أولاده على من يليه من أقاربه (كوالده وأشقائه) فيأمرون بأدائها . أما نفقة زوجته فتجب على من تجب عليه نفقتها (كوالدها - وأشقائها) . وتكون هذه النفقة ديناً على الزوج بعد إنقضاء العقوبة وخروجه من الليمان إذا أيسر .

ما هو مؤدى الإقرار العام من الزوجة ؟

(٨٠) إقرار الزوجة بأنه ليس لها أى حق قبل زوجها (أو مطلقها) هو من قبيل الإقرار العام يشمل كل حق لها قبله أياً كان نوعه . وقد توسع الفقهاء فى ذلك فقالوا إنه بمقتضى هذا الإقرار لا يكون للزوجة أى حق قبل الزوج ديناً كان أو عيناً أو كفالة أو إعارة أو حداً .

إنفاق القيم من ماله الخاص على المحجور عليه - ذى المال - صلة لا ترد :

(٨١) المقرر شرعًا أنه إذا كان للمحجور عليه أموال تحت يد القيم ولم ينفق عليه منها وأنفق عليه من ماله الخاص ، فإن هذا الإنفاق يعتبر صلة والصلة لا ترد .

(٨٢) لا يشترط فيمن تجب عليه النفقة أن يكون عاقلاً أو بالغًا ، بل يكفى أن يكون موسراً لكى تفرض عليه النفقة لتحقق سبب وجوبها (كالقرابة المحرمية) - ويطالب من يمثل المجنون أو الصغير (كالقيم - أو الوصى) بأدائها .

(٨٣) إذا كان أجر المسكن والخدمة لم يخصص لكل واحد من الأولاد

نصـيبًا منه ، فإنه لا يجـوز طلب إبطال نصـيب الولـد المتـوفى منهـمـا ، لأن حاجة أخوته الأحياء إلى السكنى لا تزال باقية ، وكذلك الشـأن بالنسبة لأجر الخادم .

(٨٤) للولد متى بلغ إثنى عشر سنة بالتقويم الهجرى الحق فى إختيار مع من يعيش من والديه .

(٨٥) لما كانت نفقة الأقارب تقوم على سبب فقر مستحقها ، بحيث إذا أيسر فإن سببها يكون قد زال ويحق للمحكوم عليه بها رفع دعوى بطلب إبطال المقرر بالحكم والأمر بالكف عن المطالبة به .

(٨٦) المقرر شرعاً أن تنازل المطلقة عن حقوقها قبل زوجها لا يتعدى إلى حقوق الأولاد ، لأن نفقتهم تجب على أبيهم لأنهم جزء منه وفرع له ، لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

(٨٧) إذا كان لأولاد الزوج عمارة وله الإنتفاع بإيرادها مدى حياته ، فإن هذا الإيراد يدخل فى تقدير النفقة ويعد من عناصر يساره .

(٨٨) إذا دعا الزوج زوجته إلى مساكنته فى بلد بعيد (أحد أحياء صنعاء) بينه فى إنذاره ، حيث يعمل هناك ، ولم يحضر لصاحبتها بنفسه أو يكلف أحداً من محارمها لمرافقتها أثناء السفر إلى أن يسلمها إليه ، فإنها تكون محقة إذا إمتنعت عن تلبية دعوته ولا تعتبر ناشزاً وتجب نفقتها عليه . لما هو متفق عليه شرعاً من أنه لا يحل للزوجة أن تسافر إلا مع زوجها أو مع محرم منها .

(٨٩) إذا كان الزوج يعلم أن زوجته تعمل (ناظرة مدرسة) فإن الدفع بعدم إستحقاقها النفقة لإنشغالها بعملها عن بيت الزوجية – بعض الوقت يكون دفعاً غير مقبول .

هل تستحق الزوجة أو المعتدة أجر إرضاع ؟

(٩٠) المقرر قانوناً أنه إذا قامت أم الصغير بإرضاعه أثناء قيام الزوجية أو فى عدة الطلاق الرجعى أو البائن فإنها لا تستحق أجراً على إرضاعه تأسيساً على أن الزوج ملزم بالإنفاق عليها حال قيام الزوجية وأثناء العدة من الطلاق الرجعى أو البائن ، ما لم تكن قد أبرأته من نفقة العدة أو تنازلت عنها ، وما دام ينفق عليها، فإنها لا تستحق أجر إرضاع لأن أجر الإرضاع

نوع من النفقة وهو يؤديها إليها . فإذا إنقضت عدتها أو كانت أبرأته من نفقتها وكان الصغير فى سن الإرضاع وتقوم بإرضاعه ، فإنها تستحق أجراً على إرضاعه ، بالإضافة إلى ما هو مقرر له من نفقة إصلاح شأن وكسوة .

هل يلزم الأب بمصاريف تعليم ولده بالمدارس الخاصة ؟

(٩١) لم يذكر علماء الشريعة من أنواع نفقة الأولاد سوى الطعام والكسوة والمسكن والخادم ، وبدل الفرش والغطاء والرضاع ، وقد وردت هذه الأنواع على سبيل المثال . أما مصاريف التعليم بمشتملاتها فلم يذكروها من بين أنواع النفقات لأنها لم تكن معروفة فى زمانهم وقد خلت كتبهم من النص عليها ولكنها مع ذلك تعتبر من النفقة ، وذلك مستفاد من تعليلهم لوجوب النفقة من أنها الكفاية ، والكفاية تختلف بإختلاف الأزمان . فإذا زادت الحاجات الأساسية لمن تجب له النفقة تبعاً لمقتضيات مصروفاتها تدخل تحت الكفاية . وعلى هذا فإن نفقات التعليم تجب على الآباء لأبنائهم بعد أن أصبح التعليم من حاجات الفرد الأساسية . فإن ألحقت الأم الصغير بمدرسة خاصة قبل السن المحددة لمدارس الحكومة وكان ذلك فى مصلحة الصغير وكان أبوه موسراً وممن يعلم أمثاله أولادهم فى هذه المدارس ، فإنه يلتزم بها رضى أو لم يرض ، وليس له أن يحتج بأن وزارة التعليم حددت سناً معينة للقبول بمدارسها ، لأن الإمكانيات المتاحة للدولة لا تسمح بإستيعاب الأطفال فى أية سن فى مدارسها .

متى يقع الصلح فى النفقة صحيحاً ونافذاً ؟

(٩٢) يقع الصلح على نفقة الزوجة والأولاد صحيحًا نافذاً إذا كان تقديرها مناسبًا لحالة من تجب عليه أو إذا كان فيه غبن يسير . وقد قدر الفقهاء الغبن بالخمس ، فإن زاد كان فاحشاً ومن حق المحكمة أن تزيده إلى القدر المناسب لحالته . وليس ما يمنع زيادة ما فرض إتفاقًا إذا طرأ موجب لها من زيادة يسار من تجب عليه النفقة من وقت الفرض إذا كبرت سن الأولاد عن وقت الفرض أو زاد اليسار .

(٩٣) المقرر فى الفقه أن نفقة الولد الصغير الفقير واجبة على أبيه شرعاً لا يشاركه فيها أحد ، فإذا كبر وصار موسراً وأصبح الأب فقيراً ، فإن

نفقته تجب على إبنه لا يشاركه فيها أحد إعمالاً للقاعدة المقررة شرعًا (الغرم بالغنم) .

على من تجب نفقات تجهيز الزوجة المتوفاة ؟

(٩٤) إختلف فقهاء المذهب الحنفى فيمن تجب عليه نفقات تجهيز الزوجة وتكفينها إذا ماتت فى حياة زوجها :

فيرى البعض منهم أنها واجبة على الزوج ، سواء أكانت الزوجة موسرة أم كانت فقيرة ، وسواء وجد من أهلها من تجب عليه نفقتها أم لا.

وأيد هؤلاء لرأيهم بالقول بأنه ما دامت نفقتها - حال حياتها - كانت واجبة عليه ، فإن تجهيزها وتكفينها واجب عليه لأنه من نفقتها .

بينما يذهب البعض الآخر منهم إلى وجوب تجهيزها وتكفينها من مالها إن كان لها تركة ، فإن لم يكن لها مال وجب على من تجب عليه نفقتها من أقاربها .

ويعلل أصحاب هذا الرأى الثانى لنظرهم بأن الزوجية إنقطعت بالموت ، ومن ثم فلا يلزم الزوج بنفقات تجهيزها وتكفينها .

والرأى الأول هو المعول عليه والأولى بالإتباع .

متى يجوز إسترداد المال المنفق على اللقيط ؟

(٩٥) المقرر شرعًا أنه إذا لم يكن للقيط مال وقام الملتقط بالإنفاق عليه، فإنه يعتبر متبرعًا بما أنفقه ، ولا يجوز له أن يطالبه بما أنفقه عليه ، إلا إذا كان القاضى قد أمر الملتقط بالإنفاق عليه فعندئذ يكون دينًا على اللقيط .

ما هى سن اليأس التى تدفع دعوى نفقة الزوجة ببلوغها ؟

(٩٦) سن اليأس هى السن التى إذا بلغتها المرأة لا تحيض فيها .

وقد إختلفت علماء المذهب الحنفى فى تقديرها .

فذهب بعضهم إلى عدم تحديدها بسن معينة . ثم فى تحديدها ، فمنهم من حددها بسبعين سنة ، ومنهم من حددها بخمس وخمسين

سنة . والرأى الأخير هو الراجح فى مذهب الحنفية ، وعليه عمل المحاكم فى مصر .

نفقة الأولاد فى حكم القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٤٤ مكرر - تقضى المادة ١٩ مكرر (ثانيًا) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه حتى تتزوج البنت أو تتكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الإبن الخامسة عشرة من عمرة قادراً على الكسب المناسب ، فإن بلغها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولإستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب إستمرت نفقته على أبيه . ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم . وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق عليهم .

وعلى ذلك فيجوز أن يكون الإمتناع سابقاً على الحكم فى هذا النوع من النفقات خلافاً لما كان عليه العمل قبل نفاذ هذا القانون الأخير .

حكم حضانة الأم غير المسلمة لصغارها المسلمين :

١٤٤ مكرر (١) - إذا طلب المدعى نزع صغيريه (طارق) و(حسن) من يد زوجته المدعى عليها (الإيطالية المسيحية) ، وإسناد حضانتهما إلى جدتهما لأبيهما بمقولة الخوف من تعويدهما عادات مسيحية وهما مسلمان نظراً لأنهما يتبعان دين والدهما وهو الإسلام ، فإن الحضانة نوع من الولاية على الصغير تهدف إلى حفظه وتعهده والقيام بشئونه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره ، ومن ثم كان مناطها مصلحة الصغير ، لما كان ذلك وكانت الحضانة ضرباً من الولاية ، فإن المقرر شرعًا أن للحاضنة نوعاً من الولاية على المحضون ، وأنه لا ولاية لغير مسلم على مسلم ، لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وقد كان مقتضى هذا الا تحتضن غير المسلمة مسلماً إطلاقاً ، غير أن الفقهاء لما رأوا أن سبب الحضانة هو للشفقة على الصغير والنظر فى صالحه ، وذلك أمر لا يختلف بإختلاف الدين ، إلا أنهم قيدوا ذلك بما إذا لم يعقل ديناً أو يخشى عليه أن

يألف غير دين الإسلام أو يألف عادات أهل الكفر ، فلا يكون لها حق فى حضانة المسلم ، إن كان فى يدها أخذ منها رعاية لمصلحة الصغير ، فقد جاء فى (الخانية والبدائع) . « وأهل الذمة فى الحضانة مثل أهل الإسلام ، لأن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر » ، وجاء فى (متن التنوير وشرح الدر المختار) : « والحاضنة الذمية كالمسلمة ما لم يعقل ديناً أو يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وإن لم يعقل ديناً » ، وقال صاحب (الدر) : « الذمية كالمسلمة حتى يعقل ديناً أو يخاف أن يألف الكفر» ، وقال شارح (الدر) : « فإن ألف الكفر قد يكون قبل تعقل الدين فإن خيف هذا ينزع منها أيضاً » ، وجاء فى (المختار) تفسيراً لألف الكفر ما نصه : «والظاهر أن يفسر بسببه بنحو أخذه لمعابدهم وجاء فى (فتح القدير) : «وتمنع أن تغذيه بالخمر أو لحم الخنزير ، وإن خيف ضم إلى أناس من المسلمين » ، وقال صاحب (العناية) تعليقاً على ما جاء فى (الهداية) : « ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر ، لأن الدفع إليها قبل ذلك نظر للصبى وبعده يحتمل الضرر بإنتقاش أحوال الكفر فى ذهنه » – وأن مؤدى ما تقدم أن للذميين الحق فى حضانة الصغير المسلم بشرط ألا يعقل ديناً أو يخاف عليه أن يألف الكفر ، أو تطعمه الحاضنة ما لا يجوز لمسلم أن يتناوله، ويستفاد من النصوص المتقدمة أمور ثلاثة :

الأول – أن الفقهاء لم يحددوا سناً يألف فيها الطفل الأديان ، ويوضح ذلك ما قاله صاحب (الدر المختار) نقلاً عن (النهر) فى معرض عقل الأديان : «ينبغى تقدير سنه بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ » ، وقال فى خوف ألف الكفر : « ينزع منا وإن لم يعقل ديناً » ، فيفهم من هذا أن الصغير ينزع من حاضنته الذمية وإن لم يبلغ سبع سنوات .

الثانى – أن الفقهاء ذكروا الألف للكفر على سبيل المثال ، كأن تأخذه الأم إلى معابدها أو تستقيه الخمر أو تطعمه لحم الخنزير ، ويستفاد من ذلك أن الفقهاء أرادوا أن يحولوا بين الطفل وما يغرس فى نفسه عادة إحترام للكفر والإنصراف عن دين الإسلام ، فيقاس عليه كل مظهر من شأنه أن يثبت ذلك فى نفس الطفل ، كأن تذكر الأم على لسانها فى جميع حركاتها وسكناتها وعلى مسمع من أولادها ألفاظ دينها بالإحترام وألفاظ غيرها بالإستهزاء والسخرية .

الثالث – أن الفقهاء عبروا بكلمة (يخاف) فى معرض ألف الكفر ، وفى ذلك دلالة على أنهم إتخذوا فى الحضانة معياراً ضيقاً هو مجرد الخوف من ألف الكفر ، وما دام أنه لا مانع يمنع الذمية التى تعتقد حل الخمر والخنزير أن تغذى إبنها به ، كما أنه ليس هناك مانع من الذهاب به إلى معابدها ، فإن ألف الكفر إن لم يكن أمراً محققاً ، فعلى الأقل متوقع ومتخوف منه .

وبإنزال هذه المبادىء والقواعد السابقة على واقعة الدعوى فإن الصغيرين (طارق) و(حسن) يتبعان دين أبيهما المسلم ، وبذلك فهما مسلمان ، كما أن أولهما يبلغ السادسة من عمره ، وثانيهما فى نحو الرابعة والنصف ، وما من شك فى أن الطفل فى هذا السن يتأثر بالمرئيات ، وهو وإن كان لا يعقل منها شيئاً فى الأيام الأولى من حياته ، إذ تكون مجرد كلمات يعتادها لسانه ولا يكون لها أثر فى نفسه ، إلا أنه إذا كبر وفهم معانى ما تلقاه بالمعاملة والمعاشرة ، يكون عنده كسائر العادات من غير ملاحظة معناها ، ولا يستطيع أحد أن ينكر ما للأم من دور فعال فى حياة الطفل ، وما من شك فى أن هذين الطفلين بحكم سنهما يخاف عليهما أن يألفا الكفر إذا بقيا فى حضانة أمهما المسيحية لإختلاف بيئتها عن بيئتهما إختلافاً بيناً من شأنه أن يؤثر على ديانتهما ، لأن ذلك مرتبط بما يقع فى محيط الطفل من المرئيات والمسموعات ، وذلك الأمر الذى رتب الفقهاء على مجرد الخوف منه نزع الصغير من والدته الذمية حتى ولو لم يعقل ديناً ، وما دام فى سن يخشى عليه منها أن يألف الكفر ، لم يحدد له الفقهاء سناً معينة ، ولا شك أن فى بقاء الصغيرين مع والدتهما فيه خوف على أن يألفا الكفر ومن مصلحتهما إبعادهما عنها ، وأن يكونا فى حضانة جدتهما لأبيهما (١) .

---

(١) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٦٢/٢/٢٦ – القضية ٩٨ سنة ١٩٥٩ احوال اجانب –المجموعة الرسمية – السنة ٦١ – العدد ٣ – ص٨٦٩ وما بعدها ، وإستئناف الأسكندرية – جلسة ١٩٦١/١/٢٦ – القضية ١٧ لسنة ١٦ق أجانب – المحاماة – السنة ٤١ – العدد ٩ – س ١٢٧١ ، والأحوال الشخصية – للمستشار محمد الدجوى – جزء ١ – طبعة ١٩٦٩ – ص٢٦٨ ، والأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١٩٦١ – ص٢٤٧ – والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام –

أصول شرعية فى الحضانة (الضم) :

١٤٤ مكرر ٢ -(١) الحضانة هى تربية الصغير ورعايته فى زمن مخصوص بحسب مقتضيات العرف - فإذا إعتدى شخص على عفة صغيرة وهى فى طريقها إلى المدرسة فى غفلة عن الحاضنة ، فليس معنى هذا عدم أهليتها للحضانة ، إذ ليس معنى الحضانة حبس الصغير عند الحاضنة أو ملازمتها له أينما سار (١) .

(٢) لم يشترط الفقهاء أن يكون الحاضن من الرجال مبصراً وإن كان بعض الفقهاء قد إشترطه فى الحاضنة وهو مقبول بالنسبة إليها لأن الصغير فى فترة حضانة النساء تكون حاجته ماسة إلى الخدمة والرعاية ، ولكنه فى فترة حضانة الرجال يمكنه أن يتولى أموره بنفسه . ومهمة الحاضن هى الإشراف على تربيته ورقابته ، يستوى فى ذلك المبصر وغير المبصر .

(٣) إذا كان الثابت أن زوجة الأب قد قامت بتعذيب إبنه من مطلقته وتقسو عليه وأنه حكم عليها نهائيًا بالحبس ، موقف زوجها والد الصغير من ذلك موقفًا متخاذلاً ، فإن الصغير ينزع من يده ، لأنه عندئذ لا يكون أميناً عليه ، والأمانة شرط من الشروط التى يتعين توافرها فى الحاضن أو الحاضنة .

(٤) إذا لم يكن من النساء من تصلح للحضانة سوى عمة الصغير الشرسة وخالته البالغة من العمر ١٧ عامًا والبالغ بالعلامات وهى سن البلوغ الشرعى ، فإن الخالة القاصر أحق بحضانته .

(٥) محاولة قتل والد الصغير لإبنه من زوجته السابقة بإلقائه من دور مرتفع والقضاء فى حقه بالسجن للشروع فى القتل موجب لسلب ولايته

= للشيخ محمد سلام مدكور - طبعة ١٩٧٥ - ص٤٨٢ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - طبعة ١٩٦٥ - ص٥٨٨ ، وأحكام الأولاد فى الإسلام - للشيخ زكريا أحمد البردى - طبعة ١٩٦٤ -ص٤٣ .

(١) محكمة مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٣/٥/١٩٤٠ - المحاماة الشرعية - ص٧٥.

على نفس الصغير عملاً بالمادة الثانية من القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

ومقتضى سلب ولايته على نفس الصغير أن تسلب ولايته على ماله كذلك . كما لا يجوز تعيينه وصيًا أو مشرفاً أو قيماً ، ولا أن يختاره أحد وصياً على أولاده .

(٦) إدخال الحاضنة الصغير دار الحضانة فى الوقت الذى تكون فيه فى عملها غير مسقط لحقها فى الحضانة ، لما هو مقرر شرعاً أنه ليس شرطاً لأهلية الحاضنة للحضانة أن تتوافر على خدمة المحضون وتتفرغ له طول الوقت ، بل إن من حقها أن تشرك معها من يتولى رعايته فى بعض الأوقات كالمربية والخادم ، ودار الحضانة تقوم بالإشراف على المحضون على وجه أفضل مما تقوم به المربية أو الخادم .

(٧) لا يمنع إستحقاق النفقة ولا يسقطها إمتناع الإبن أو البنت عن تنفيذ الحكم الصادر ضد أى منهما بالضم ، والهروب من تنفيذه وإقامة العوائق لعرقلة التنفيذ غير مانع ولا مسقط للنفقة .

(٨) ليس للوالد المسلم أن يطلب ضم ولديه (سن ٤ وسن ٣) لإختلافهما مع أمهما المسيحية الكاثوليكية لبنانية الجنسية المطلقة ، لأنهما فى سن لا يعقلان فيها الأديان .

(٩) المقرر شرعًا أنه غير مقبول الطعن على الإسلام بالصورية ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً ﴾ ، إلا إذا إقترن النطق بالشهادتين بما يكذب الناطق بهما ، بأن كان من إعتنق الإسلام لا يزال يمارس شعائر دينه الذى كان عليه ، فإن ثبت أنه كذلك فإنه يكون مرتداً ، وبالتالى لا حق له فى الحضانة ، بإعتبار أن الحضانة نوع من الولاية ولا ولاية لمرتد .

حكم الحضانة فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٤٥– تقضى المادة ١/٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالمادة ٣ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن حق حضانة النساء ينتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن الثانية عشرة ، ويجوز للقاضى– بعد هذه السن – إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة

والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك .

ويلاحظ على هذا النص الجديد زيادته سن الحضانة بالنسبة للبنت عن سن حضانة الولد ، وهو الحكم الواجب الإعمال .

وأن القانون المصرى يسرى وحده على الحضانة - بإعتبارها من الآثار المترتبة على الزواج - إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت إنعقاد عقد الزواج (م١٣و١٤ من القانون المدنى) (١) .

على أن فى بقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد السن المحددة بالقانون الجديد وإن حرمها من أجر الحضانة ، فقد أبقى الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير ذلك من مصاريف التعليم والعلاج فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه (٢) .

وأحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ هى الواجبة الإعمال ، ويلغى ما عداها (م٥منه) .

١٤٥ مكرر ١ - أما عن أجرة الحضانة فإنها تستحق للحاضنة غير أم الصغير ، لأن الحضانة عمل ليس عليها إلتزام بأدائه بغير أجر : بالإتفاق .

وبالنسبة لأم الصغير فإنها إذا كانت لا تزال زوجة لأب الصغير أو كانت فى عته فلا تستحق أجرة حضانة ، ذلك لأن الحضانة تجب عليها ديانة ، وحتى لا تجمع بين نوعين من النفقة : نفقتها على والد الصغير وأجرة حضانته التى هى من نفقة الصغير ، تسوية فى الحكم بين العدة من طلاق رجعى والعدة من طلاق بائن ، ففى كل منهما لا تستحق الحاضنة أجرة الحضانة .

---

(١) يراجع فى التعليق على المادتين ١٣، ١٤ مدنى كتابنا : التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل - جزء ١ ، ونقض - جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ - الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٣ق أحوال شخصية .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وتستحق أم الصغير أجرة حضانة متى كانت لم تعد متزوجة من أبيه ولا معتدة ، لأنها عندئذ تكون كالأجنبية .

وتعتبر أجرة الحضانة من نفقة الصغير ، وكذلك أجرة رضاعه فتجب على من تجب عليه نفقة الصغير ، وذلك وفقاً للمذهب الحنفى (١) .

المنصوص عليه شرعًا أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة والإرضاع إذا كانت منكوحة أو معتدة لأبيه ، وعلل ذلك بأنها فى هاتين الحالتين تكون نفقتها واجبة على الأب بدون حضانة أو إرضاع ، فلا يجب بهما شىء زائد لئلا يؤدى ذلك إلى إجتماع الأجرة والنفقة فى مال واحد ، وهذا التعليل دليل على أن الحكم خاص بالمعتدة التى تستحق النفقة على الأب ، أما إذا كانت لا تستحق عليه النفقة فلا يشملها هذا الحكم ، وتكون لمنقضية العدة والأجنبية فى إستحقاق الأجرة لإنقطاع نفقتها من الأب وصيرورتها حابسة نفسها على ولده ، فيجب عليه أن يؤدى إليها أجر هذا العمل ، والمطلقة على الإبراء من نفقة العدة لا تستحق على مطلقها نفقة هذه العدة وإبراؤها ليس إستيفاء لنفقة العدة حتى يقال إن فيه جمعاً بين النفقة والأجرة ، وإنما هو إسقاط فلا إستحقاق ولا جمع (٢) .

ولا تستحق المطلقة رجعيًا أجرة حضانة ما دامت فى العدة لأنها فى ذلك فى حكم الزوجة ، وتستحقها بعد إنقضاء العدة (٣) ، ولا نفرض أجرة حضانة ولا أجرة إرضاع إذا كانت الحاضنة قد تكفلت بالحضانة والإرضاع مقابل طلاقها من المدعى عليه . لأن ذلك يعتبر معاوضة ليس لها حق

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٧/٣/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ١١ – العدد ٣ – ص٥٠ .

(٢) الأزبكية الشرعية – جلسة ١٩٢٨/١١/١٧ – المحاماة الشرعية – السنة ٢ – العدد ٣– ص٢٦٩ .

(٣) فاقوس الشرعية – جلسة ١٩٣٦/١٠/١٧ – المحاماة الشرعية – السنة ١٠ – العدد ٨ – ص٢٥٦ والمؤيد إستئنافيًا ، وقوة الشرعية – جلسة ١٩٣٥/٢/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٩ – العدد ٢– ص١٠٣ وحكم بعدم سماع الإستئناف عنه لنهاية الحكم المستأنف .

الرجوع فيها (١) .

وقد ترددت أحكام القضاء بالنسبة إلى إمكان زيادة أجرة الحضانة من عدمه فذهب الرأى الغالب إلى أن أجرة الحضانة لا تزاد ، سواء أكانت مفروضة بالتراضى أو بقضاء القاضى ، ذلك لأن الحضانة عمل ، وهو تربية الصغير ، وهو لا يتغير بمضى الوقت ، ولا بكبر سن الصغير ولا بزيادة راتب المحكوم عليه (٢) .

أما إذا سقط حق الحاضنة فى الحضانة (٣) ، ومع ذلك ظلت تحضن الصغير ، فإنها تستحق أجرة حضانة ، لأن الحضانة عمل وأجرة الحاضنة تعتمد اليد (٤) .

وتستحق الحاضنة الجديدة للصغير أجرة حضانة بفرض جديد ، ذلك

---

(١) السيدة زينب الشرعية – المحاماة الشرعية – السنة ٢ – العدد ١٠ – ص٩٥٠ ، والسيدة زينب الشرعية – المرجع السابق – السنة ٢٤ ، العدد ٧ و٨ و٩ و ١٠ ، ص٤٠٢ ، والمنيا الشرعية – المرجع السابق ، السنة ٥ ، العدد ٣ ، ٤ ، ص٣٤٨ ، وقنا الشرعية ، المرجع السابق ، السنة ٢٢ ، العدد ٩ ، ١٠ ، ص٦٦٣ وما بعدها ، ودمياط الكلية ، جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ القضية ٥٥ سنة ١٩٧١ احوال مستانف ، وجلسة ١٩٧٢/١١/٢٥ ، القضيتان ٣٦ و ٣٧ سنة ١٩٧٢ احوال مستانف ، وجلسة ١٩٧٣/٤/١٤ ، القضية ٩٨ سنة ١٩٧٢ احوال مستانف .

(٢) محكمة الضواحى الشرعية – جلسة ١٩٣٨/١/٢ – المحاماة الشرعية – السنة١٠– العدد ٩ – ص٨٣٨ ، ومغاغة الشرعية – المرجع السابق – السنة ٣ – العدد١– ص٨٥، والجمالية الشرعية – المرجع السابق – السنة ٨ – العدد ٧و٨و٩و١٠– ص٢٦٥ ، وبورسعيد الشرعية – المرجع السابق – السنة ٥ – العدد ٥و٦ – ص٥٨٠ وما بعدها

(٣) ويزول أجر الحضانة بزوال اليد ، ولا ينتقل كالنفقة ، فلا يزاد ، بل يستبدل بفرض جديد للحاضنة ذات اليد (المنيا الابتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٧و٨ – ص١٨٥) ، ولا يسقط أجر الحضانة بالإبراء إلا فى مقابل الطلاق (قنا الشرعية ، جلسة ١٩٥١/٤/٢٤– المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ١و٢– ص١٦٢) .

(٤) بورسعيد الشرعية – المحاماة الشرعية – السنة ٨ – العدد ٧و٨و٩و١٠ – ص٢٧٤ ، وكفر صقر الشرعية – المرجع السابق – السنة ٦ – العدد ٩و١٠ – ص٩٦٣ وجرجا الشرعية – المرجع السابق .

أن أجرة الحضانة لا تنتقل (١) .

وقد ثار الخلاف بين المحاكم وكذلك بين الفقهاء حول ما إذا كانت أجرة الحضانة تفرض عن مدة ماضية من عدمه .

والراجح فى الفقه أنه ليس ما يمنع شرعًا فرض أجرة الحضانة عن مدة سابقة ، سواء أكانت قبل أو بعد رفع الدعوى ، لأن الحضانة عقد إيجار يستحق الأجير أجرة عن عمله ، وهذه الأجرة تعتبر دينًا صحيحًا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، أى أنه ينبغى القضاء بالإستحقاق والإفتاء به رفقًا بحال المرأة ورعاية للصغير (٢) .

ولا يصح فرض أجرة خادم للصغير ما دام قد سبق الحكم لأمه بذلك وما دامت حال الأب لا تسمح بأكثر من خادم (٣) .

فإذا بلغ الصغير كان فى يد نفسه لا أمه ، ولا تكون لأمه ولاية نفقة ولا المطالبة بالمفروض له (٤) .

ما يعجله الأب من نفقة الصغير إلى حاضنته يعتبر أمانة فى يدها تنفقها عليه فى الزمن الذى عجلت عنه ، فإذا خرج الولد من يدها قبل مضى الزمن المذكور ، كان من حق الأب إسترداد ما بقى من المعجل ، ما لم

---

(١) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ – المرجع السابق– السنة ٢٨ – العدد ١و٢و٣ – ص٥٢ وما بعدها .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – المحاماة الشرعية – السنة ٤ – العدد ٧و٨ – ص٦٣٠ ومصر الإبتدائية الشرعية –المرجع السابق – السنة ٢ – العدد ٩ ص٨٥١ ، مصر الإبتدائية الشرعية – المرجع السابق – السنة ١٠ – العدد ٨ – ص٢٤٦ ، والسيدة زينب الشرعية – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ٣ – ص١٠١ وما بعدها ، وعكسه مصر الشرعية – جلسة ١٩٢٦/٤/٥ – المرجع السابق – السنة ٢ – العدد ١٠ – ص٩٢٨ وما بعدها .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٤/٢٥ – القضية ١٠١٩ سنة ١٩٣١ سنة ١٩٣٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – العدد ٢ – ص١٣٠ .

(٤) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٦/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٥– العدد ٣– ص١٣٥ .

تدع الحاضنة هلاكه بخلاف المعجل من نفقة الزوجة ، فإنه لا يرد ولو وجد ما يسقطه قبل مضى زمنه وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة عوضاً عن عمل تقوم به لمنفعة الصغير ، فالمعجل منها عن زمن مستقبل يجب رد الباقى منه عن المدة التى زال فيها السبب وإنقطع فيها العمل بخروج الولد من يدها[1] .

إذا كانت أجرة الحضانة مفروضة فى مال الصغير لحاضنته ، وطلبت حاضنته الأخرى إمساكه بلا أجر ، خيرت الحاضنة الأولى بين أن تمسكه بلا أجر أو تتركه ، فإذا لم ترض بحضانته مجاناً ، حكم القاضى بضمه إلى الحاضنة الأخرى التى تطلبه بلا أجر ، إن من المنصوص عليه شرعاً أنه إذا وجد متبرع بالحضانة غير أجنبى عن الصغير وكان للصغير مال ، فإن الحاضنة المأجورة – ولو أماً – تخير بين إمساك الصغير مجاناً أو تسليمه للقريبة المتبرعة لتحضنه مجاناً ، صوناً لماله من الضياع ، موسراً كان والد الصغير أو غير موسر (وقد عرضت المحكمة على المدعى عليها إن كانت بحق حريصة على مصلحة الصغيرة فلا ضير عليها أن تسبق إلى البر بها وتقبل حضانتها بلا أجر ، عرضت عليها المحكمة ذلك فلم تقبل طالبة رفض الدعوى ، ولعدم الطعن على أهلية المتبرعة للحضانة بمطعن مقبول، لذلك حكمت المحكمة للمدعين والد الصغيرة وجدتها لأبيها على المدعى عليها جدتها لأمها التى توفيت بأن تسلم الصغيرة لجدتها لأبيها المتبرعة بحضانتها لتحضنها بلا أجر ، وأمرتها بعدم التعرض لها فى ذلك (٢) .

(٤) أجرة الرضاع :

١٤٦– الرضاع هو مص الرضيع اللبن من الثدى .

---

(١) راجع جرجا الشرعية – جلسة ١٩٤٢/٧/١٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٨ – العدد١و٢و٣ – ص٥٧ .

(٢) مغاغة الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٢/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد٤و٥و٦و٧ – ص٢٨٠ ، وحاشية رد المحتار – للعلامة إبن عابدين – جزء ٢ – ص٨٧٧ و ٨٧٨ .

وقال إبن عابدين (١)إن الرضاع فى اللغة يعم المص ولو من بهيمة ، والثدى للمرأة ، ويقال فى الرجل أيضاً .

وبعد أن تقضى المدة القصوى للرضاع يبدأ حق حضانة الصغير.

والرضاع من أسباب التحريم المؤبد ، عملاً بقوله سبحانه وتعالى :

« حرمت عليكم ... وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة». ولقوله ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

ويعنينا فى الرضاع هنا ما يتعلق بحقوق الصغار .

وقد إختلفت وجهات نظر الفقهاء فى مدة الرضاع الموجبة للتحريم ، فيقول أبو حنيفة : إنها ثلاثون شهر (أى سنتان ونصف) .

ويحددها الشافعى وأحمد بن حنبل والصاحبان (أبو يوسف ومحمد) بسنتين .

ويحددها زفر بثلاث سنوات .

ويحددها مالك بسنتين وشهر ، أو بسنتين وشهرين .

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن مدته سنتان ، وتسقط أجرة الرضاع بعد بلوغ الرضيع حولين كاملين (٢) .

ويشترط فى الرضاع الموجب للتحريم خمسة شروط :

(١) أن يكون اللبن لبن إمرأة .

---

(١) إبن عابدين – جزء ٢ – ص ٥٥٣ وما بعدها ، والأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص١٥٢ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين – للمستشار محمد الدجوى – ص٣٦١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية حقوق الأولاد والأقارب – للأستاذ محمد الحسينى حنفى ص١٤٦ وما بعدها ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين – للقاضى أنور العمروسى – ص٣٠٨ وما بعدها ، والمراجع السابق ذكرها فى الحضانة .

(٢) سنورس الشرعية – جلسة ١٩٣١/١٢/٢٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – العدد ٢– ص١٥٣ .

(٢) أن يصل اللبن إلى جوف الصغير على وجه اليقين بالإمتصاص أو الشراب أو بأية وسيلة أخرى .

(٣) أن يصل اللبن إلى جوف الصغير عن طريق الفم أو الأنف ، إذ يصل عندئذ إلى المعدة فيتغذى ، والتغذى هو مناط التحريم .

(٤) أن لا يكون اللبن مخلوطاً بغيره ، فإن خلط بالماء أو بلبن حيوان أو أى سائل آخر فالعبرة بالغلبة .

وكذلك إذا إختلط بلبن إمرأة أخرى . أما إذا خلط بطعام وطبخ مكان بعضه ، فلا يتعلق به تحريم بالإتفاق .

(٥) أن يكون الرضاع فى خلال سنتين من ولادة الطفل على الراجح .

وجاء بحاشية إبن عابدين نقلاً عن البحر أن مدة الرضاع فى حق الأجرة حولان عند الكل ، حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعًا وتستحق فيها إجماعاً (١) .

وقال تعالى وهو أصدق القائلين : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » .

ويفرق الفقهاء من ناحية وجوب الرضاع على أم الصغير (٢) أو عدم

---

(١) حاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٩٣١ .

(٢) وقد قضى بأن مدة الإرضاع فى حق الأسرة حولان لا أكثر (مادة ٢٧١ من الأحكام الشرعية لقدرى باشا) ، وتستحق أجرة الرضاع من مدة ماضية أسوة بأجرة الحضانة رفقًا بحال الصغير (مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٨/٥/٩ – المحاماة الشرعية – السنة ١٠ – ص٧٤٦) ، وقضى بأن الإبراء من أجرة الرضاع صحيح وإن لم تعين مدته ويحمل على مدته وهى سنتان (طنطا الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٤٣/١٢/٢٢ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٦ ، ص١٥٧) ، وقضى بأن إمتناع فرض أجرتى حضانة وإرضاع الصغير خاص بالمعتدة التى تستحق النفقة على مطلقها ، أما من لا تستحق النفقة فحكمها حكم منقضية العدة والأجنبية فى إستحقاقها للأجرة (الأزبكية الشرعية ، جلسة ١٩٣٨/١٢/١٧ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ص٢٦٩) وقضى بانه لإيجاب طلب الحاضنة فرض أجرتى حضانة وإرضاع الصغير إذا كانت قد تكلفت بالحضانة والإرضاع مقابل طلاقها من المدعى عليه (السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١١/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢ – ص٩٥٠ .

وجوبه بين ما إذا كانت الأم متعينة لإرضاع الصغير وبين ما إذا كانت غير متعينة .

وتكون الأم متعينة لإرضاع الصغير بأن كان لا يقبل إلا ثديها ، ومع ذلك – كما يقول إبن قدامة (١) إن الأم إذا إنقطعت علاقتها الزوجية لا تجبر على الإرضاع ، لأن الرضاع من النفقة الواجبة شرعاً على أب الصغير ، إلا إذا كانت متعينة له بأن كان لا يلقم إلا ثديها ، أو لم يكن لأب الصغير ولا للصغير مال فعندئذ تجبر على إرضاعه دفعًا للهلاك عنه فى مقام الضرورات التى تبيح المحظورات .

أما إذا كانت الأم فى عصمة والد الصغير ، فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول وجوب الرضاع وعدم وجوبه (٢) .

فذهب رأى إلى القول بأن ليس للزوج أن يجبرها على القيام بالرضاع قضاء ، وإن كانت تأثم ديانة إذا إمتنعت (الحنفية ، والشافعى ، والحنابلة ، والثورى) .

بينما ذهب رأى آخر إلى القول بأن الأم تجبر على رضاع ولدها قضاء

---

(١) المغنى ، لإبن قدامة ، جزء ٩ ، ص٣١٢ .

(٢) وقضى بأن إمتناع فرض أجرتى حضانة وإرضاع الصغير خاص بالمعتدة التى لا تستحق النفقة على مطلقها ، أما من لا يستحق النفقة فحكمها حكم منقضية العدة والأجنبية فى إستحقاقها للأجرة (الأقصر الشرعية ، جلسة ١٩٣٤/٣/٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٥ ، العدد ٩و١٠ ، ص٩٤٠) ، وقضى بأن أجرة الرضاع لا تسقط بموت الرضيع ولا بموت المرضعة ، لأنها دين صحيح وليست نفقة ، ويمكن للورثة المطالبة بها (كوم إمبو الشرعية – جلسة ١٩٤٤/٦/٢٩ – المحاماة الشرعية ، السنة ١٦ ، العدد ٩و١٠ – ص٢٥٦) وقضى بأن الأم تستحق أجرة رضاع عن مدة ماضية على رفع الدعوى ، ولو لم يكن هناك عقد بينها وبين أبى الصغير ، ذلك أن أهل الفقه يرون الأخذ بما إستظهره صاحب البحر وصرح به فى الدور ورد المحتار لأنه أرفق بحال الصغير ، كما رأوا الأخذ بالقول بعدم سقوط نفقته المفروضة بمضى شهر ولو لم تستدنها الأم بإذن الأب أو القاضى على ما جرى عليه الزيلعى وأقر فى البحر والنهر (وشرح التنوير) طنطا الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٣٠/٣/١٩ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ العدد ١٠ ، ص٩٩٣ وما بعدها) وذلك على الراجح فى أحكام القضاء .

عند الإمــتناع (إبن أبى لـيلى ، والحــسن بن صــالح ، وأبو ثـور ، ورواية عن مالك) إلا إذا كانت الأم متبرعة فهى أولى بالأولى .

وذهب رأى ثالث إلى أنه إذا كـان العـرف يجـرى على أن الأم تجـبـر على الإرضـاع إتبع ، وإن لـم يجر به فلا تجبر (المشهور عن مالك) .

ومن جهـة أخرى إذا رغـبت الأم أن ترضـع ولدهـا ، فـالأمـر يخـتـلف . فإذا كانت فى حبال زوجها :

فقد ذهب رأى إلى أن يمنعها لأنه يخل بإستمتاعه بالزوجة .

بينما ذهب رأى أخر إلى أن القول بأن ليس له أن يمنعـها ولو بأجر لأنها أولى من غيرها .

أمـا إذا كـانت فى غـيـر حـبـال زوجـهـا فـالظاهر أن له أن يمنعـهـا زوجـهـا الآخر– إن وجد – من ذلك لإخلاله بحقه فى الإستمتاع .

بينما يذهب البعض (١) إلى القـول بأن ليس للزوج أن يمنع زوجتـه التى فى حباله من إرضـاع الولد ، وأنه ليس فى إرضاعه ما يخل بالإستمتاع ، لأنه لا يستمتع بالزوجة فى كل وقت مـن الليل والنهار ، كمـا أن لبن الأم أجـدى على الولد مـن لبن غـيـر الأم ، وهـى أكـثـر حنانًا وعطفًا . وأشـفق ، وأعـرف بحاجياته – أمـا إذا كانت فى غـير حـبال زوجـهـا ، وعرضـت أن ترضـعه فـلها ذلك ، وإن كانت فى حبال زوج أخر ، فإن الأمـر معلق على إذن ذلك الزوج .

فـإن نص الإتفـاق على أن مـا قـدر للـصـغـيـر هو نفـقـة له بجـمـيـع مشتملاتها دخل فى ذلك أجر الرضـاع (٢) .

أما بالنسـبة لأجر الرضـاع ، كمـا يجب التفريق بين مـا إذا كانت الأم فى حبـال والد الصـغـيـر أم مـعـتدة من طلاق رجـعـى ، وبين مـا إذا كـانت مطلقة

---

(١) الأحوال الشـخصية ، للدكتور عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص١٩٣ .
(٢) دمنهـور الشـرعيـة ، جلسـة ١٩٤٧/١/٨ ، المحامـاة الشـرعيـة ، السنة ٢١ ، العـدد ٧و٨ – ص٣٩٥ .

طلاقاً بائناً أم أجنبية عنه (١) .

(أ) فإذا كانت الأم فى حبال الزوج ، فالراجح أنها لا تستحق أجراً ، ذلك أن مئونة الصغير على أبيه ، وكذلك مئونة والدته على زوجها ووالده وهو قائم بها فعلاً ، فلا يصح أن يجتمع عليه نوعان من النفقة ، وكذلك الأمر إذا كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ولا تزال فى العدة لأنها عندئذ تكون كالزوجة حكماً وأن الرضاع واجب عليها لصيانة الصغير .

(ب) أما إذا كانت الأم مطلقة طلاقاً بائناً وإنقضت عدتها أو كانت أجنبية عن والد الصغير ، فالراجح أنها تستحق أجرة إرضاع .

وقال إبن عابدين : « فعل الإرضاع واجب عليها ومؤونة على الأب ، لأنها من جملة نفقة الولد ، ففى حال الزوجية هو قائم بتلك المئونة لا بعد البينونة فتجب عليه بعدها » (٢) .

ويذهب البعض (٣) إلى تأييد الرأى القائل بأن الزوجة أو المطلقة رجعياً

---

(١) وقد قضى بأنه إذا نص فى الإتفاق على أن ما قدر للصغير هو نفقة له بجميع مشتملاتها دخل فى ذلك أجر الرضاع ، وهو بهذه المثابة إتفاق صحيح ، فقد جاء فى الفتاوى الخيرية « سئل فى رجل سألته زوجته أن يطلقها على إرضاع ولده الذى هى حامل به وعلى إمساكه مدة سنتين معلومة هل يلزمها ذلك ويكون حكمه حكم الخلع أجاب نعم إلى أخره » وقد قضت المحاكم فى مثل هذا الإتفاق « يراجع حكم محكمة مصر الشرعية الإستئنافى بجلسة ١٩٣٢/٢/٢٥ . المنشور بالسنة الثالثة من مجلة المحاماة الشرعية العدد السابع صفحة ١٤٦ ، (دمنهور الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٤٧/١/١٨ –المجموعة الرسمية – السنة ٥٠ – العدد ٩و١٠ – ص٣٥٤) وقضى بأن إمتناع الأم عن إرضاع ولدها دليل على عدم قدرتها على إرضاعه فلا تجبر إلا فيما نص عليه وهو « إذا لم يكن للولد لأبيه مال يستأجرون مرضعة ولم توجد متبرعة ، وإذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها ، وإذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها (الزقازيق الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٤٦/٩/٩ المجموعة الرسمية – السنة ٤٨ – العدد ٦ – ص٤٢٩ وما بعدها ، ومنشور بالمحاماة الشرعية – السنة ١٩ – العدد ٤ ، ٥ و ٦ – ص١٩٥) .

(٢) إبن عابدين – جزء ٢ – المرجع السابق – ص٩٢٩ وما بعدها (الحاشية) ٥ .

(٣) الأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – المرجع السابق – ص١٧٠ .

لا تستحق أجر على الرضاع وتستحقها بعد البينونة لأنها عندئذ تصير كالأجنبية ، وهو الرأى الذى نؤيده لأنه يتفق مع الأصول الشرعية(١) .

وبعد البينونة إذا وجدت أجنبية متبرعة فهى أولى من الأم ، أو إذا قبلت أجراً أقل مما طلبته الأم .

وسابقة فرض أجر مسكن لبعض الأولاد مانع من فرض أجر مسكن آخر لأخيهم (٢) ، فهذا الأجر لا يتعدد بقدر عدد الأولاد .

الأصول الشرعية فى (رؤية الصغير) :

١٤٧- تتصل رؤية الصغير بحق حضانته شرعًا ، وقد جاءت كتب الفقه فى المذاهب الأربعة بأصول شرعية هامة فى أحكام رؤية الصغير .. دلت على أن الشرع الإسلامى الحنيف بلغ حداً عظيماً من التطور ، يجعل منه تشريعاً صالحاً لكل زمان ولكل مكان .

---

(١) وقد قضى بأن من المقرر فى الفقه الحنفى أن مدة الإرضاع بالنظر إلى إستحقاق الأجرة وهى الحولان الأولان من حياة الرضيع فلا تستحق الأم (والجدة بالأولى) اجرة على إرضاعه بعد الحولين لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعل الله تمام الرضاعة حولين كاملين (احكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية – للشيخ عمر عبد الله – طبعة ١٩٥٨/٢ – ص٤٧٩) ، وقد جاء فى (الدر المختار) فيما يتعلق بمدة الإرضاع قوله : « أما لزوم أجرة الرضاع للمطلقة فتقدر بحولين بالإجماع » (الدر المختار على هامش حاشية إبن عابدين ، جزء ٢ ص٥٥٠) وقد جاء فى حاشية إبن عابدين نقلاً عن البحر أن أكثر المشايخ على أن مدة الرضاع فى حق الأجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعاً وتستحق فيهما إجماعًا (حاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٩٣١) فمتى بلغ الصغير حولين كاملين لا حق للأم فى المطالبة بأجرة الرضاع ، ولا يتوقف سقوط حقها فى الأجر على التراضى أو القضاء، وهذا ما يجرى عليه العمل فى محاكم الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية (الأحوال الشخصية – للشيخ زكريا البرديسى – طبعة ٦ – ١٩٦٥ – ص٥٧٥ ، وبلقاس الجزئية – جلسة ١٩٦٩/١٠/١٥ – القضية ١٦٤ سنة ١٩٢٩ أحوال شخصية) .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٦/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – العدد ٢ – ص١٣٢ .

فقد إنعقد إجماع (١) على أنه لا يمنع أحد الأبوين من زيارة الولد لدى الآخر ، لقوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده » .

وجاء فى (المغنى) (٢) أنه يحسن بالأم أن تتحرى الأوقات التى لا يكون فيها الأب فى المنزل - فى معاشه نهاراً مثلاً - حتى لا يحصل اللقاء بين الأم والأب ، فعدمه أولى ، ويجب ألا يختلى الأب بالأم ، وألا يطيل المكث لديها ، وألا يتبسط كل منهما لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط كل فى منزل الآخر .

وجاء فى (نهاية المحتاج) (٣) أنه يجدر بالأب أن يتحرى الأوقات المناسبة للزيارة ، ومقتضى ذلك أن يمنع من زيارتها ليلاً ، لما فى الزيارة ليلاً من الريبة أو الخلوة .

وقد إختلفت فيمن له حق الرؤية .

فذهب رأى إلى القول بأن ذلك يثبت للأب ومن يقوم مقامه ، وللأم ، فقط .

بينما ذهب رأى آخر إلى القول بأن يثبت للأب والأم والأقارب .

والرأى الأول هو الذى عليه الإجماع ، وهو أيضًا الراجح فى المذهب الحنفى المعمول به (م٢٨٠ من اللائحة الشرعية) (٤) .

وفى طلب المدعى الحكم على المدعى عليها بأن تمكنه من رؤية ولدهما كل أسبوع مرة بمقر قسم شرطة ميت غمر أو بمقر الإتحاد الإشتراكى مع النفاذ وإلزامها بالمصاريف .

---

(١) التنوير والدر حاشية إبن عابدين (حنفى) - جزء ٢ - ص٨٨٥ ، والمغنى ، لإبن قدامة - جزء ٩ - ص٣٠٣ ، وكشاف القناع ، للبهوتى ، جزء ٣ ، ص٣٣١ (حنبلى) ونهاية المحتاج ، للرملى ، جزء ٦ ، ص٢٩٥ (شافعى) .

(٢) المغنى ، لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص٣٠٢ .

(٣) نهاية المحتاج ، للرملى ، المرجع السابق ، ص٢٧٦ .

(٤) المراجع السابقة ، وأيضًا : الهداية - للميرغنى - جزء ٢ - ص٣٢ و٣٣ ، والدر وحاشيته - لإبن عابدين - جزء ٢ - ص٦٥٢ ، والبحر الرائق - لإبن نجيم ، جزء ٤ - ص١٨٤ وما بعدها .

وبجلسة ١٩٧٥/٢/١٦ حكمت المحكمة غيابيًا بأمر المدعى عليها بأن تمكنه من رؤية ولدها كل خمسة عشر يومًا بالمكتب التنفيذى بمقر الإتحاد الإشتراكى بميت غمر بين الساعة ١٢ ظهراً والساعة ٤ مساء وألزمتها بالمصاريف الرسمية (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نصوص فقه المذهب الحنفى التى تحكم الموضوع بالإعمال للمادتين ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، تقضى بأن حق كل من الأبوين فى رؤية ولدهما كل أسبوع مرة ، وكان المدعى قد طلب القضاء له بهذا ، فإن الحكم إذ قضى بالرؤية كل خمسة عشر يومًا ، فإنه يكون - فضلاً عن مخالفة الثابت بالأوراق وقضاؤه بما لم يطلب ، وقصور أسبابه عن حمل قضائه فى هذا الموضوع - مخالفاً للقانون ومخطئاً فى تطبيقه .

وإختلف فى فترات الرؤية (٢) .

فيذهب البعض إلى أنها تكون كل أسبوع بالنسبة لأم الصغير ، قياساً على حق زيارة ولديها لها كل يوم جمعة ، وذهب البعض الآخر إلى إمكان ذلك لها كل يوم متى كان منزلها قريباً من منزل والد الصغير ، وقد علق (إبن عابدين) على هذا بأنه أرفق بالأم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا توله والدة على ولدها » .

أما الأب فقد ذهب البعض إلى تسوية حقه بالأم ، أى تقرير الرؤية له كل أسبوع أو كل يوم ، ليطلع على أحوال ولده ، وما قد يحتاج إليه من مأكل أو ملبس أو رعاية طبية ، والراجح الا تكون كل يوم ، وأن يستأذن

---

(١) ميت غمر - جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ - القضية ٩٠٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

(٢) ويراجع فى الرؤية من كتب الفقه الحديث ، الأحوال الشخصية ، للدكتور عبد العزيز عامر ، طبعة ١٩٦١ ، ص٤٢٥ وما بعدها ، والأحوال الشخصية ، للأستاذ محمد الحسينى حنفى طبعة ١٩٦٥ ، ص١٧٠ وما بعدها ، وكتابة : دروس فى حقوق الأولاد والأقارب طبعة ١٩٧٥ - ص٩٣ ، والولاية على النفس - للدكتور احمد فراج حسن - ص٢٠٦ وما بعدها ، والوجيز فى احكام الأسرة - للشيخ محمد سلام مدكور - ص٥٠٦ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - ص٦٠٤ .

زوج الأم فى الزيارة فإن لم يأذن كان على الأم إخراج الصغير لأبيه ليراه .

وليس للأب أن يمنع البنت من زيارة أمها ، وإن كان من صالح البنت أن تسعى الأم لرؤيتها .

أما فى القضاء الشرعى فقد سجلت أحكامه العديدة أحكام رؤية الصغير من حيث حق الوالدين ، أو غيرهما ، وأوقات الرؤية ، ومكانها على النحو التالى :

فقد قضى[1] بأن رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعًا ، ولا يجبر من فى يده الصغير بحق على نقله للآخر ليراه ، وفقط لا يمنعه من ذلك .

وقضى [2] بأن المنصوص عليه شرعاً أن للأم إن تنتقل بالصغير من بلد إلى آخر غير بلد الحضانة إذا كان بين البلدين تقارب ، بحيث يتمكن الأب من رؤية إبنه والرجوع فى نهاره ، سواء أكان وطنها أم لا ، عقد عليها فيه أولاً .

وقضى [3] بأن حق الرؤية مقرر شرعاً للأبوين ، ولا يشمل غيرهما من العصبات أو الحاضنات (كالجد والجدة) . فالمنصوص عليه فى كتب المذهب متوناً وشرحاً تقيد المسألة بالمطلقة والأب ، ولم نر من اجراها فى غيرهما ، فوجب الإقتصار على موضع النص وهو واضح بين الأم لكونها أمًا وعلى الرفق بها ولم يرتبوه على وصف الحضانة أو العصبة ، وبين الأب.

وقضى [4] بأنه يحق للأب شرعًا أن يرى طفله الصغير فى أى وقت

---

(١) إسنا الشرعية – جلسة ١٩٣٨/٥/٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٩ – ص٦٤٣ .

(٢) مصر الشرعية الكلية – جلسة ١٩٤٠/٩/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – ص٨٦ .

(٣) الجمالية الشرعية – جلسة ١٩٣٤/٥/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٦ – ص٧٨٠ .

(٤) القصير الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٥/٣١ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – ص٩٠٨ .

يشاء ولا يصح للحاضنة منعه من ذلك ، لأن الطفل فى حاجة شديدة إلى رعاية والده ومن الظلم أن يحرم الوالد من رؤية ولده مع ما هو مفطور عليه من الشفقة والحنو عليه ، إلا أن حق الوالد فى ذلك لا يصح أن يؤخذ ذريعة للإخلال بحق الحاضنة فى الحضانة ولا لإنقاص هذا الحق .

وبناء على ذلك يكون له الحق فى رؤيته وكلامه تحت إشراف الحاضنة- ولما كان النص لم يحدد للرؤية وقتاً مخصوصاً . فلا وجه لجعل الرؤية فى وقت مخصوص ، لأن القاضى مقيد بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة .

وقضى (١) بأن لكل من الوالدين حق رؤية الولد ، كما نص على ذلك شرعًا ، وللأم حق رؤية ولدها الذى ليس فى يدها كل أسبوع مرة ، ولغيرها كل شهر أو كل سنة مرة على الخلاف بين الفقهاء فى ذلك .

وقضى (٢) بأن الفقه والقضاء قد قررا أن الحاضنة لا تجبر على تمكين الأب من الدخول عندها لرؤية الصغير ، ولها أن تمنعه من ذلك وأن تكتفى بإخراج الصغير إليه ليراه ، وجرى العمل على أنه عند الإمتناع عن تنفيذ الحكم بالتمكين من رؤية الصغير أن ينفذ عن طريق الإدارة بإستحضار الصغير إلى قسم الشرطة حتى يتمكن المحكوم له من رؤيته ، غير أن هذه الطريقة تترك فى نفسية الصغير آثاراً سيئة ، الأمر الذى يتعين معه أن يتضمن الحكم بالتمكين من الرؤية تحديد مكان مناسب يحصل فيه ، مراعاة للمشاعر النفسية للصغير .

دعوى بطلب تمكين أب من رؤية إبنته ...

أوضح الحكم أن المقرر شرعًا أن وجود الصغير فى سن الحضانة بيد حاضنته لا يمنع من ثبوت ولاية الأب وحقه فى تعهده والنظر فى مصالحه، لذلك قرر الفقهاء أن له حق رؤية الصغير ، وأنه ليس للحاضنة أن تمنعه عنه، كما أثبتوا هذا الحق أيضاً للأم بعد إنتهاء حضانتها وضم الصغير إلى

---

(١) قنا الشرعية – جلسة ١٢/١٢/١٩٤٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – ص١١١.

(٢) مرسى مطروح – جلسة ٢٥/١/١٩٦٨ – القضية ٣ سنة ١٩٦٨ أحوال نفس .

أبيه . ولم تبين أكثر النصوص الفقهية فى هذه المسألة كيفية تنظيم هذا الحق ، ولما كان تنظيمه أمراً واجباً حتى لا يتخذ ذريعة إلى الإضرار بالأب أو الأم وهو ما لا يجوز ، أخذاً من قول الله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » ، فقد لجأ القضاء إلى الإجتهاد فى هذه المسألة بقياسها على ما نص عليه فى الزواج . كما قالوا فى خصوص الرؤية أنه يثبت لكل من الوالدين حق رؤية الصغير إذا كان فى يد الآخر كل أسبوع مرة ، وأخذت بعض الأحكام بقياس آخر وهو قياس رؤية الأب للصغير وهو فى يد حاضنته ورؤية الأم له بعد ضمه إلى أبيه على رؤية الوالدين للزوجة ، والمنصوص عليه فى الفقه – فى الزوجة – أنه ليس للزوج أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من رؤيتها وكلامها أى وقت إختاروا ، لأن فى ذلك قطيعة للرحم ، ولا ضرر عليه فى ذلك ، وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وبناء على ذلك ذهب الفقه إلى أن حق رؤية الصغير يثبت لكل من الوالدين فى أى وقت شاءوا ، وأضاف إلى ذلك أنه من حيث أن النص لم يحدد لرؤيته وقتاً مخصوصاً فلا وجه لجعل الرؤية فى وقت مخصوص ، لأن القاضى مقيد بأرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة ، إلا أنهم وضعوا قيداً على ذلك الحق وهو أنه لا يصح أن يتخذ ذريعة للإخلال بحق من له إمساك الصغير ولا الإنتقاص من هذا الحق ، فقرروا أن الأب يكون له الحق فى رؤية الصغير وكلامه تحت إشراف الحاضنة .

كما أن الفقه والقضاء قد قرروا أن الحاضنة لا تجبر على تمكين الأب من الدخول عندها لرؤية الصغير ، ولها أن تمنعه من ذلك ، وأن تكتفى بإخراج الصغير إليه ليراه ، وجرى العمل على أنه عند الإمتناع عن التمكين من رؤية الصغير أن ينفذ عن طريق رجال الإدارة بإستحضار الصغير إلى قسم الشرطة حتى يتمكن المحكوم له من رؤيته ، وذلك تطبيقاً للمادة ٣٤٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، غير أن هذه الطريقة تترك فى نفسية الصغير آثاراً سيئة .

ومن المتفق عليه أن مدار الحضانة والأحكام المتعلقة بها على نفع المحضون ، الأمر الذى يتعين معه أن يتضمن الحكم بالتمكين من الرؤية

تحديد مكان مناسب تحصل فيه مراعاة للمشاعر النفسية للصغير .

أحكام الرؤية فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٤٧ مكرر ١ - هذا ، وقد نصت المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على حق الجدين فى رؤية الصغير أو الصغيرة أسوة بالأبوين فى الرؤية عند عدم وجود الأخيرين ، وعند عدم الإتفاق ينظم القاضى الرؤية على أن تكون فى مكان لا يضر بنفس الصغار ، وأن لا تتم الرؤية قهراً . وعند إمتناع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم أنذره القاضى ، فإن تكرر ذلك منه جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الصغير إلى من يليه فى الحضانة .

أجر المسكن :

١٤٨ - من المقرر فى الأصول الشرعية أن أجر المسكن من نفقة الصغير كما هو من نفقة الزوجة ، ويفرض من يوم الحكم شأنه فى ذلك شأن نفقة الصغير التى يقضى بها من يوم الحكم ، ونفقة الأقارب ، وزيادة النفقة .

وقد ثار الخلاف فى القضاء الشرعى والفقه(١) ، عن مدى إستحقاق الحاضنة لأجر المسكن إذا كان لها منزل تسكن فيه والصغير معها .

فذهب رأى - إلى أنها لا تستحق على والد الصغير أجر مسكن متى كانت تملك منزلاً .

بينما ذهب رأى آخر - إلى التفرقة بين ما إذا كانت تملك مسكناً وتسكن بالفعل فيه مع الصغير ، وفى هذه الحالة لا تستحق أجر مسكن ، وبين ما إذا كانت تملك منزلاً ولا تسكن فيه ، أو كانت تسكن بالصغير مع زوج آخر هو أجنبى عن الصغير (فى فترة يدها على الصغير حتى ينزع

---

(١) مرسى مطروح - جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ - القضية رقم ٣ سنة ١٩٦٨ احوال نفس، والهداية - للميرغنى - جزء ٢ - ص٣٢و٣٣ ، والدر وحاشيته - لإبن عابدين - جزء ٢ - ص٦٥٢ ، والبحر الرائق - لإبن نجيم - جزء ٤ - ص١٨٤ حتى ص١٨٦.

منهـا) أو مع والدها ، فـفى هذه الحـالة تسـتـحق أجـر مـسكن ، لأن سكنى الصغير غير واجبة على زوجها الأجنبى عنه فى الحالة الأولى ، ولأن سكانها غير واجبة على أبيها [1] فى الحالة الثانية [2] .

وذهب رأى ثالث – إلى أن الحاضنة غير ملزمة بسكنى الصغير معها وإنما تجب السكنى على الملتزم شرعاً بنفقته .

وقد قضى [3]بأن أجرة مسكن الزوجة يدل على المسكن ، يصار إلى فرضه شرعاً عدم وجود البدل منه .

وقد قضى [4] بأنه إذا كان للحاضنة مسكن ، مملوك سكناه ، فليس لها أجرة مسكن ، ويجوز للقاضى أن يحكم بالشهادة التى سمعها القاضى الآخر .

وقضى [5] بأنه لا يجاب طلب إبطال أجرة مسكن الحضانة بسكنى الحاضنة فى بيت أبيها .

وقضى [6] بأنه لا بالنسبة لنعى المستأنف على الحكم المستأنف قضاؤه

---

(١) فقهاء الحنفية والمالكية .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤٩/١١/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ العدد٣و٤ – ص١٧٧ .

(٣) دمياط الإبتدائية الشرعية – الدائرة الإستئنافية – جلسة ١٩٧٥/٦/٢١ .

(٤) ديروط الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٨/٢١ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ العدد ١و٢و٣ – ص٨٥ ، وعكسه : أسيوط الكلية الشرعية – جلسة ١٩٣٧/٤/٧ – ٨ – ٥ – ٢٠٨ . الخليفة الشرعية – جلسة ١٩٤٧/١٢/٣١ – المرجع السابق – السنة ١٩ – العدد ٧و٨و٩و١٠ – ص٣٢٧ ، فإذا كان للحاضنة مسكن فى غير بلد الحضانة الشرعى، فإنها فى هذه الحالة لا يمكن إلزامها بالإنتقال للسكنى فيه ، فيتعين وجوب المسكن لها على من تلزمه نفقة الصغير (مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣١/٦/٨ – المرجع السابق – السنة ٢ – العدد ٩ – ص٨٥٣ وما بعدها) .

(٥) إمبابة الشرعية –جلسة ١٩٤٣/٦/٥– المرجع السابق – السنة ١٧ – العدد١ و٢– ص٤٠ .

(٦) دمياط الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ – الإستئناف ٥٥ سنة ١٩٧١ – جلسة ١٩٧٣/٤/١٤ – الإستئناف ٩٨ سنة ١٩٧٢ ، والدر المختار وحاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٨٧٧ ، ومواهب الجليل والتاج والإكليل – للعلامة إبى عبد الله الفرناطى – جزء ٤ – ص٢٢١ ، والأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١٩٦١ – ص٢٨٦ وما بعدها .

للمستأنفة بأجر مسكن حضانة ، قولاً بأنها لم تستأجر مسكناً لأنها – على ما يذهب المستأنف تقيم مع والدها بغير أجر ، وأن عقد الإيجار المقدم منها عقد صورى – فإن فقهاء كل من الحنفية والمالكية إختلفوا فيما بينهم فى مدى إلتزام الملتزم بنفقة الصغير بأجر مسكن الحضانة ، على الرغم من تسليمهم بأن هذا الأجر من نفقة الصغير ، وزاد خلافهم حدة فيما إذا كان للحاضنة مسكن مملوك لها ويقيم الصغير معها فيه تبعاً لها ، وبأن أجرة مسكن الحضانة تجب على من تلزمه نفقة الصغير ، لأن هذا متعلق بالنفقة على الوالد ، فلزم من يقوم بالإنفاق عليه ، وإن كان للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير ، لأنها بحسب الأصل لا تتحمل شيئاً فى المسكن الخاص بالولد ولو لم يكن الولد معها .

وقضى (١) بأن العمل والعرف على عدم تجزئة المفروض لأجر الخدمة ومسكن الحضانة ، فإذا فرض للحاضنة أجر فى خدمة ومسكن حضانة صغار ، ثم توفى أحدهم ، فإنه لا يجوز طلب إبطال ما أصاب الصغير المتوفى فى هذه الأجرة لأن السكنى واجبة للحاجة وهى قائمة فالوجوب مستمر ، ومن تخدم شخصاً تخدم اكثر والأجر واحد ، وللعرف إعتباره عند الفقهاء .

أحكام الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية فى المطالبة بنفقة الصغير :

١٤٩ – وكما قلنا فى نفقة الزوجة يكون الظاهر من نص المادة التاسعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أن الحكم الصادر بنفقة الصغير يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته فى الحالات الآتية :

– للنيابة العامة أن تطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها

---

(١) ميت غمر الشرعية – جلسة ١٩٥٣/١/٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – ص٩٦ .

ويتبع فى الطعن الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (مادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

اختصاص المحكمة الجزئية :

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل التالية ، ويكون حكمها قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته (م٩) .

١- فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

أ- دعاوى ضم الصغير وحضانته وحفظه ورؤيته والانتقال به .

ب- دعاوى النفقات وما فى حكمها والأجور والمصروفات بجميع أنواعها .

جـ- دعاوى الإذن للزوجة بمباشرة حقوقها .

د- دعاوى المهر والدوطة والشبكة والجهاز . ويكون الحكم نهائيًا إذا كان المطلوب لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيه (بمراعاة نص الفقرة ١ من المادة ٤٢ مرافعات المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية - فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ - العدد ٢٢ مكرر - التى أحالت عليها المادة ٩ فقرة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

هـ- تصحيح قيود وثائق الزواج والطلاق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

و- توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

ز- الإذن بزواج من لاولى له .

ح- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، ما لم يثر بشأنها نزاع.

٢- المسائل المتعلقة بالولاية على المال :

متى كان المطلوب حمايته لا يتجاوز ١٠٠٠٠ج عشرة آلاف جنيه (م ، ١/٤ مرافعات معدلة التى أحالت إليها المادة ٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠ فى هذا الخصوص) :

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

ب- اثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

جـ- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله .

د- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله وادارتها وفقًا لأحكام القانون ، والإذن له بمزاولة التجارة واجراء التصرفات التى يلزم للقيام بها الحصول على إذن ، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

هـ- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

و- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

ز- اعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال .

ح- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها .

ط- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها .

ك- جميع المواد الأخرى المتعلقة بادارة الأموال وفقًا لأحكام القانون واتخاذ الاجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

ل- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على ١٠٠٠٠ج عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٢ مرافعات المحالة عليها بالمادة ١١/٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

ثالثًا : النفقة عن المدة السابقة :

١٥٠- ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية على أن إختصاص المحاكم الجزئية بالحكم النهائى فى : «المنازعات فى المواد الآتية ... النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا لم يزد مجموع ما يطلب على ألفى قرش ، أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين (١) .

يتبين من هذا النص ومن المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية فى شأنه أن ثمة ضوابط وضعها المشرع خاصة بنفقة المدة السابقة ، سواء فى ذلك بالنسبة لتحديد معناها ومراد الشارع بها ، أو بالنسبة للحد الأقصى للمطالبة بها وسماع الدعوى التى تقام بهذه المطالبة .

وهذه الضوابط هى :

١- نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، والتى تقضى بإعتبار نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينًا فى ذمته من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء (٢) .

---

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية فى هذا الصدد أنه يسوغ للزوجة أن تطلب النفقة بأنواعها من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق طبقًا للمادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فيحكم لها بالمتجمد عن المدة الماضية ، وقد يكون مبلغًا باهظًا يشق أداؤه ويعسر وفاؤه ويكون الحكم غير قابل للإستئناف بالنظر إلى المحكوم به فى كل شهر من هذه المدة . فرئى معالجة ذلك بجواز الإستئناف إذا زاد مجموع ما طلب الحكم به على عشرين جنيهًا أو حكم بأكثر من ذلك عن المدة السابقة على قيد الدعوى ، وبالنص فى المادة ٩٩ على عدم سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية أكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

(٢) وقد قضى بأن الإبراء من النفقة قبل الفرض والإستحقاق باطل ، ويصبح عن الماضى وعن شهر مستقبل (إبن عابدين ، الجزء الثانى ، طبعة دار الكتب ، ص٧٠٩) فإذا كانت النفقة لم تفرض حين كتب التنازل عنها فإن الإبراء الوارد فيها يكون كله باطلاً فقهاً وإن كان قد أجيز الإبراء عن النفقة الماضية طبقاً للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فإن البطلان لا يزال قائمًا عن النفقة مستقبلاً إذ لا زالت فى حكم المجهول ، والفقه مستقر على أن النفقة لا ترد إذا عجلت قبل موعدها ولو حدثت الوفاة أو صار الطلاق (إبن عابدين ص٧١٧) ، (الأسكندرية الإبتدائية - جلسة ١٩٥٧/٣/١٠ - القضية ٦٨٢ سنة ١٩٥٧ مستأنف - المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين - للأستاذ صالح حنفى - جزء ٢ - ص٢٥٢ .

٢- نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والتى تقضى بأن المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً من تاريخ الطلاق .

٣- نص المادة ١/١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بأحكام الأحوال الشخصية التى تقضى بأنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة لا تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

٤- نص المادة ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتى تقضى بأنه لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق (١) .

٥- نص المادة ٦/٩٩ من اللائحة الشرعية والتى تقضى بأنه لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى (٢) .

إن نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً تعتبر ديناً فى ذمته من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق عليها مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (٣) .

وأن المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبرت نفقة الزوجة التى

---

(١) وقد قررت المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن حكمى المادتين ١٧و١/١٨ منه أن المصلحة دعت إلى أن لولى الأمر حق منع القضاء من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والإحتيال ، وأنه لما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة فقد رؤى من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكملة لحكم المادة ١٧ لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعدم مضى سنة من تاريخ الطلاق .

(٢) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية فى شأن الفقرة السادسة من المادة ٩٩ أنه لما كان فى إطلاق إجازة الطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إحتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم بها ، فقد رئى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولاً بأول بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك عن طريق سماع الدعوى وليس فى هذا الحكم ضرر على صاحب الحق فى النفقة إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضى الثلاث سنين .

(٣) الجمرك الجزئية - جلسة ١٩٥٨/٣/٤ - القضية ٧٣ سنة ١٩٥٨ أحوال نفس - المرجع - للأستاذ صالح حنفى .

سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ديناً فى ذمته من حين إمتناعه عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض ولا تسقط إلا بالأداء أوالإبراء[1] .

ومتى كان الزوج قائماً بالإنفاق على زوجته سواء أكان الإنفاق تموينا أو نقوداً يرسلها إليها لتتولى الإنفاق على نفسها بدون نزاع على مقدار النفقة ومناسبتها وعدم مناسبتها ، فليس لها بعد ذلك أن تطالب بالفرق بين ما أنفق فعلاً وبين نفقة المثل فى المدة السابقة على الخصومة والعلة فى ذلك أن الزوج متى أنفق على زوجته بأى شكل وبأى مقدار ورضيته بدون منازعة ولا مخاصمة يعتبر أنه قام بما وجب عليه وليس لها بعد ذلك أن تدعى أن ما أنفقه كان أقل مما يجب ولا أن تطالبه بالفرق عن المدة السابقة على رفع الدعوى (٢) .

ولا تزاد الزوجة إلا من وقت الطلب والمخاصمة إذا طرأ ما يوجب زيادتها وهذا يتعارض مع المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، لأن إعتبار النفقة ديناً فى ذمة الزوج من وقت الترك والإمتناع لا يكون إلا بعد الطلب وقد نص الفقهاء على أنه لا تقدير بدون طلب الزوجة (٣) .

إن طلب أداء ما هو مفروض بورقة عرفية عن مدة أكثر من ثلاث سنوات لا يمنع من الحكم بأدائه لقيام الورقة العرفية مقام الحكم (٤) .

لا تسمع دعوى النفقة التى تركت المطالبة بها أكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى طبقًا للمادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

---

(١) باب شرقى الجزئية – جلسة ١٩٥٨/١١/١٦ – القضية ٥٨ سنة ١٩٥٦ أحوال نفس – المرجع السابق .

(٢) الجمرك الجزئية – جلسة ١٩٥٨/٣/١١ – القضية ٢٢٠ سنة ١٩٥٧ – أحوال نفس – المرجع السابق .

(٣) الرمل الجزئية – جلسة ١٩٥٨/٥/٣١ – القضية ١٢٠ سنة ١٩٥٨ – المرجع السابق .

(٤) بنى سويف الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٣٦/٣/٢٧ – المحاماة الشرعية – السنة ٨ – ص٢٠٨ .

ليس الغرض مما جاء بالمادة المذكورة منع الطالبة بما يزيد على ثلاث سنين وجواز المطالبة بمدة ثلاث سنوات فأقل كما يدل على ذلك صريح المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور (١) .

ليس السبب الوارد بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ هو الذى يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ، بل السبب هو الأمر الموجب سواء أكان سبباً أو شرطاً .

إن نهائية الحكم بالنفقة عن المدة الماضية التى لم يزد مجموع النفقة فيها على عشرين جنيهاً محله إذا لم يزد المحكوم به فى كل شهر عن ثلاثة جنيهات (٢) .

نفقة المدة الماضية (السابقة) فى حكم القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٥٠ مكرر ١ - صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية - وقد تضمنت الفقرة السابعة من المادة الثانية منه النص على عدم سماع دعوى نفقة الزوجة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وجاء بالأعمال التحضيرية لهذا النص - فى تعليل إنقاص المدة الماضية (من ثلاث سنوات إلى سنة) - حتى لا تتراكم ديون النفقة ، ولحث صاحب الحق أن يبادر إلى المطالبة بها ، ويسهل على القضاء حسم النزاع .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص أن المدة الواردة بلائحة المحاكم الشرعية (ثلاث سنوات) غدت كثيرة ، مما رؤى معه الإكتفاء بسنة .

---

(١) أسيوط الجزئية - جلسة ١٩٤٦/١٢/٣١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٤و٥و٦ - ص٢٠٤ .

(٢) طنطا الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/١٣ - القضية ١١٢٥ سنة ١٩٥١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٩و١٠ - ص٦٤١ وما بعدها .

وبهذا يكون النص الجديد هو الواجب التطبيق فيما يتعلق بالمدة التى يحق فيها للزوجة المطالبة بنفقة مدة ماضية بما لا يزيد على سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

رابعًا : نفقة الأقارب (١) :

مدى حجية أحكام النفقة :

١٥٢– وقد إستقر قضاء النقض (٢)على أن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها – إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير ، فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون . ويجوز الطعن فيه بالنقض .

وفى دعوى نفقة زوجية .

أوردت المدعية فى سياق صحيفتها أنه سبق لها إستصدار أحكام نهائية عليه بالنفقة ، وأن تلك الأحكام ما زالت قائمة .

وبجلسة ١٩٧٤/١/١٧ حكمت المحكمة غيابيًا برفض الدعوى وألزمت المدعية بالمصاريف (٣) .

---

(١) أنظرها – لاحقًا – فى هذا الكتاب .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – مدنى وأحوال – ص١٠٠٣ ، ونقض – جلسة ١٩٦٣/١/٢٠ – المرجع السابق – السنة ١٤ – ص١٨٩ ، ونقض – جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص٤٥٠ ، وأنظر – لاحقًا – حجية الشىء المقضى فى نظرية إثبات المواد الشرعية.

(٣) الخليفة – جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ – القضية رقم ٤٣٣ سنة ١٩٧٤ احوال نفس جزئى .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- أنه لما كان المقرر أن أحكام النفقة لا تحوز سوى حجية مؤقتة ، إلا أن هذه الحجية تبقى قائمة ما لم تتغير مراكز الخصوم بعد صدورها (نقض - جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى وأحوال - ص٥٤٠ ، ونقض - جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص١٨٩ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص١٠٠٣) - وإذا خلا الحكم من بيان ذلك ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

٢- وعلى منطقه إن صح صدور حكم ، ولم تتغير مراكز الخصوم ، فإنه كان متعيناً القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها - وإذ جانب الحكم ذلك فإنه يكون مخطئاً فى تطبيق القانون .

خامساً - المهر والجهاز :

١٥٣- يترتب على الزواج الذى إستوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه وإنعقاده آثار ، سواء أكان العقد لازماً أم غير لازم ، وهذه الآثار ثلاثة أنواع :

الأول - حقوق تجب للزوجة على زوجها ، سواء أكانت مالية أم غير مالية ، كالمهر والنفقة ، والمعاملة بالمعروف ، وحسن المعاشرة ، والعدل بين الزوجات .

والثانى - حقوق تجب للزوج على زوجته ، كالطاعة ، والقرار فى بيت الزوجية ، والتأديب

والثالث - حقوق مشتركة بين الزوجين ، كالإستمتاع ، والتوارث ، وثبوت نسب الأولاد ، وحرمة المصاهرة ، وحسن المعاشرة .

والحقوق الزوجية لا تقع تحت حصر .

ويعنينا هنا - وفى إطار أصول المرافعات الشرعية - بحث المهر والجهاز .

فقد نصت المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية :

« ... المهر والجهاز إن كان ما يستحقه الطالب لا يزيد على ألفي قرش وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على عشرة آلاف قرش » .

وقبل أن نبحث الإختصاص النهائي للمحكمة الجزئية الشرعية (في الأحوال الشخصية) يتعين أن نعرف بكل من المهر ، والجهاز [1] .

١- المهـــــر :

١٥٤- أورد الفقهاء للمهر تعريفات عديدة :

فمنهم من عرفه بأنه : المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد [2] .

ومنهم من عرفه بأنه العوض المالي الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها [3] .

وللمهر في كتب الفقه - أسماء عديدة هي :

صداق - مهر - نحلة - فريضة - حباء - أجر - عقر - علائق .

فالمهر إذن ليس ركناً من أركان عقد الزواج ، ولا شرطاً من شروطه ، بل يصح عقد الزواج ولو لم يشترط ، مهر أصلاً ، ويجب عندئذ مهر المثل، ويصح العقد كذلك إذا إشترط أن لا مهر للزوجة ويبطل الشرط .

---

(١) في تفصيله يراجع المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضي أنور العمروسي - ص١٨٠ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - للمستشار محمد الدجوي - ص٦٥ وما بعدها .

(٢) شرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبياني - ص١٠٣ ، ومدى إستعمال حقوق الزوجة - رسالة دكتوراه - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص١٧٨ .

(٣) الأحوال الشخصية - لأستاذنا الجليل المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - ص٥٦ .

وقد شرع المهر ليدل على تشريف الشارع لعقد الزواج ولإظهار قدره وعظيم خطره ، ولا ليكون مقابلاً لملك الإستمتاع بالزوجة .

قال تعالى : « آتوا النساء صدقاتهن نحلة » ، وقال سبحانه : « فما إستمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » .

وقال إبن الهمام (١) إن المهر شرع أبانة لشرف العقد ، وإظهاراً لخطره ، إذ لم يشرع بدلاً كالثمن والأجرة ، وإلا لوجب تقديم تسميته ، ولا يشترط لصحة عقد الزواج التنصيص على حكمه .

وقال الحنفية إن مقدار الحد الأدنى للمهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل أو ما يساويها ، سواء أكانت الدراهم مسكوكة أو غير ذلك ، مستدلين فى ذلك بحديث النبى ﷺ : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم(٢) .

والعشرة دراهم تساوى بالعملة المصرية ٢٥ قرشاً صاغًا فى الأوقات التى لا تضخم فيها (٣) .

وإتفق الفقهاء على أنه ليس للمهر حد أقصى ، لكن من المستحسن عدم المغالاة فى المهور حتى لا ينصرف الشبان عن الزواج ، فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أن الرسول ﷺ أنه قال : « إن أعظم النكاح بركة

---

(١) فتح القدير – لإبن الهمام – جزء ٣ – طبعة عيسى الحلبى – ص٣٠٥ .

(٢) فتح القدير – المرجع السابق – ص١٨٠ و ٢٠٦ .

(٣) الأحوال الشخصية – الشيخ خلاف – المرجع السابق – ص٥٧ ، وأحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية – للشيخ عمر عبد الله – طبعة ١٩٥٨ – ص٢٢٦ ومحاضرات فى عقد الزواج وآثاره – محاضرات لمعهد الدراسات الإسلامية بالجامعة العربية – لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة – طبعة ١٩٥٨ ص٢١٧ وهامشها .

أيسره مئونة » ، وروى عنه ﷺ أنه قال أيضاً : « خير الصداق أيسره »(١).

وإذا لم يتم الإتفاق على تعجيل المهر أو تأجيله كله أو بعضه ، فإن العرف هو الذى يتبع ، إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وذلك على ما ذهب إليه أبو حنيفة (٢) .

ويذهب البعض إلى أن تعجيل المهر كله أو بعضه قبل الدخول أمر ضرورى ولا بد منه ، لأن سيدنا على رضى الله عنه لما تزوج فاطمة بنت رسول الله ﷺ وأراد أن يدخل بها منعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً ، فقال : يا رسول الله ليس لى شىء ، فقال عليه الصلاة والسلام : « أعطها درعك » فأعطاها درعه ثم دخل بها .

بينما يقول البعض الآخر بجواز الدخول قبل دفع شىء من المهر ، كما روى عن عائشة أنها قالت : أمرنى رسول الله ﷺ أن أدخل إمرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئًا وحينئذ يحمل المنع المذكور على الندب ، أن يستحب تقديم شىء إدخالاً للمسرة عليها ، وتأليفاً لقلبها (٣) .

وما بقى بعد ذلك من مسائل المهر نحيل فيه إلى المؤلفات الموضوعية فى الأحوال الشخصية (٤) .

---

(١) محاضرات فى عقد الزواج – للشيخ ابو زهرة – المرجع السابق – ص٢١٩ .

(٢) وقد قضى بأن للزوجة منع الزوج من الوطء ودواعيه ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما حتى تستوفى ما تعارف على تعجيله من المهر ، لأن وطأة فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر ، (فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقى . فما دامت الزوجية قائمة تسبب تأكيد المهر وهو الوطء قائم (ملوى الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ – المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين – للأستاذ صالح حنفى – جزء ١ – ١٩٥٦ – ص٦٥) .

(٣) شرح الأحكام الشرعية – للشيخ محمد زيد الإبيانى ، ص١٠٧ ، وأحكام الشريعة الإسلامية ، للشيخ عمر عبد الله ، ص٢٢٩ ، والأحوال الشخصية ، للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، ص٥٨ ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية ، للقاضى أنور العمروسى ، ص١٨٨ .

(٤) تراجع المراجع السابق ذكرها .

١٥٥- والمنازعات حول المهر كثيرة ومتشعبة ، تنشأ عادة بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما أو بين ورثتيهما [١] .

وعلى كل حال فإن هذه المنازعات قد قلت أهميتها إلى حد ما بعد صدور المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، والتعديلات التى أدخلت على المادة ٩٩ منها والتى منعت سماع دعوى الزوجية سواء تعلقت بالمهر أو النفقة أو الطاعة عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية يوضح بها مقدار المهر المسمى عاجله وآجله ، وأن يكون الأجل هو لأقرب الأجلين ، الطلاق أو الوفاة .

كما أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد نص فى المادة ١٩ منه على أنه:

« إذا إختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا إدعى ما لا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل ... وكذلك الحكم عند الإختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » .

ويحل أجل الصداق شرعاً بوفاة الزوجة ويصبح تركة للمتوفاة [٢] .

ويقدر مهر الزوجة فى حالة عدم تسميته بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها ، مع مراعاة التماثل بينها وبين من يقاس عليها مهرها فى الصفات والزمن . إختلاف مهنة والد الزوجة عن مهنة إبن عمه

---

(١) وقد قضى بأن إقرار وكيل الزوجة فى وثيقة الزواج بقبض معجل الصداق يعتبر إقراراً صورياً إذا قارنه إقرار الزوج ببقائه فى ذمته ، (الزقازيق الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ ، المرجع السابق ، ص٦٥) ، وقضى بأن البنت البكر العاقلة غير السفيهة قبض مهرها إذا لم يحصل نهى صريح من قبضه لجريان العادة بأن للأب أن يقبض مهر بنته البكر البالغة ليضم إليه شيئاً من ماله ليجهزها ، ولا يشترط الرجوع عليه بقيمته إن لم يتم العقد يكون الوالد قبضه كوكيل بل يكفى صفته (المنزلة الشرعية ، جلسة ١٩٤٤/٤/١٤) .

(٢) الوايلى الشرعية ، جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٥ ، المرجع السابق .

المقاس مهر إبنته على مهر إبنته لا يضر بالتماثل ، لأن الرغبة فى المصاهرة تتبع سمعة الأسرة ومركزها الإجتماعى (١) .

وتختص المحاكم الشرعية دون سواها بنظر دعاوى الآثار المالية المترتبة على روابط الأحوال الشخصية كالمهر والنفقة وبدل الخلع وغير ذلك متى كانت تلك مما يتوقف حلها على تعيين مدى إلتزام أحد الزوجين بحق مالى (٢) .

وإن النزاع فى المهر ولو لم يتم العقد من إختصاص المحاكم الشرعية وحدها أخذاً بصريح وإطلاق المادتين ٥و٦ من اللائحة الشرعية ، إنما يستحق المهر شرعًا بالعقد ، لأنه معاوضة فلا يستحق بدون تحقيق العوض ، فإذا لم يتم العقد كان لمن أداه الحق فى طلب رده ولو كان العدول آتياً من جانبه (٣) .

الأصول الشرعية فى المهر :

١٥٦ - (١) المقرر شرعًا أن مهمة الوكيل فى عقد الزواج تنحصر فى تمثيل موكله والتعبير عن إرادته ، أما الحقوق المترتبة على العقد والتى تعتبر أثراً من آثاره ، كالنفقة والمهر ، فلا تنصرف إليه ولا يلتزم بها .

(٢) فى الأصول الشرعية من يقول بأن التقادم المسقط لحق الزوجة فى مهرها لا يتحقق إلا بالنسبة للمؤخر إذا ما سكتت الزوجة عن المطالبة به لمدة خمسة عشر عاماً بعد طلاقها أو إستحقاقها له . أما مقدم المهر (الصداق) فإنه إذا بقى فى ذمة الزوج لأكثر من خمسة عشر عاماً ، فإنه على الرغم من مضى هذه المدة لايسقط حق الزوجة فيه لأسباب كثيرة منها أن قيام الزوجية من الأعذار الشرعية التى تمنع الزوجة من المطالبة بمقدم مهرها حتى لا تتعرض حياتها الزوجية للإنهيار .

---

(١) الجيزة الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٥٣/٢/١٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٤ - ص٣٩٩ .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٣٧/١٠/٢٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٩ ، ص٥٨ .

(٣) جرجا الشرعية ، جلسة ١٩٤٥/٢/٢٦ المحاماة الشرعية ، السنة ١٨ ، العدد ٤و٥و٦ ص١٥٩ .

(٣) المقرر شرعًا أن الزوجية من الأعذار الشرعية وإن لم يذكرها الفقهاء من بينها ، لأن ما أوردوه من الأعذار الشرعية كان على سبيل المثال لا الحصر . وقد إستقرت أحكام المحاكم الشرعية على إعتبار الزوجية من الأعذار الشرعية المانعة من مطالبة الزوجة لزوجها بدين مقدم صداقها ، الذى يبقى قائماً .

(٤) المقرر شرعاً أن مقدم المهر ومؤخره يصبحان حقاً للزوجة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة الشرعية ، وأن المهر يتأكد جميعه (مقدمة ومؤخره) ويصبح حقاً للزوجة بوفاة الزوج (أو إستشهاده فى الحرب) ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء إختلى بها أو لم يختل .

(٥) المقرر عرفًا أن الآباء يتحملون عن الأبناء مهر زواجهم ، فهو إلتزام فى ذمتهم جرت به العادة وإستقر عليه العرف ، وأن أداء أم الزوج إياه وهو من قبيل الهبة ، والهبة فى المنقول تتم بالقبض ، ومن موانع الرجوع فى الهبة ، المحرمية ، وأولى درجات المحرمية علاقة الأبوة والبنوة .

(٦) المتفق عليه فى المذهب الحنفى المعمول به فى قضايا الأحوال الشخصية أنه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة ، فللزوجة المهر كاملاً ، فإذا توفيت ، فإن لورثتها الحق فى المطالبة به . وإذا توفى الزوج كانت للزوجة المطالبة به من تركته إن كانت له تركة . أما نفقة الزوجة فإنها تجب بسبب عقد الزواج .

(٧) المقرر شرعاً أن المطلقة قبل الدخول أو الخلوة لا تستحق نفقة إلا من اليوم التالى من عقد الزواج إلى تاريخ الطلاق ، ولما كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة يقع بائناً ولم تعتد المطلقة بسببه ، فإنه بالتالى لا نفقة لها بعد الطلاق . ولما كان المهر المسمى فى عقد الزواج ٢٠٠٠ جنيه (مثلاً) إعترف وكيل الزوجة بقبض نصفه كمعجل للصداق ، الذى تكون قد إستوفت المستحق لها من المهر ، أما الزيادة على المهر الذى يفرضه الزوج على نفسه بعد عقد الزواج ، فإنها لا تضاف إذا كان الطلاق قبل الدخول أو قبل الخلوة ، لما هو مقرر شرعًا من أن ما يزاد على المهر بعد تمام عقد الزواج لا يكون واجب الأداء للزوجة إلا بعد الدخول أو الخلوة بها .

(٨) المقرر شرعًا أن الأب لا يلتزم بأداء مهر إبنه لمجرد أنه وكيل عنه في عقد الزواج ، ما لم يكن كفيلاً به أو ضامنًا لأدائه .

دعوى مطالبة بأجل صداق في تركة متوفى .

طلقها رجعياً في ١٩٧٣/٦/٣ وإستشهد بتاريخ ٢٣-١٠-١٩٧٣ وهي في عدته ، وإنحصر إرثه الشرعي في المدعية وفي والده المدعى عليه فقط دون شريك ولا وارث سواهما ، وقد حل لها بوفاته مؤخر صداقها المذكور، وترك ما يورث عنه شرعًا (أطيان زراعية ، ومنزل) وجميع ما تركه المتوفى تحت يد والده المدعى عليه صادق المدعى عليه على الدعوى عدا وجود تركة للمتوفى تحت يده .

عرضت المحكمة على المدعية يمين الإستظهار بصيغة : (والله العظيم إن مطلقي المرحوم «   » توفى وذمته مشغولة بدين مؤخر صداقي عليه وقدره .... جنيه مصري ولم أستوفه منه قبل وفاته ولم يحلني به على أحد) ، فحلفتها كما إستحلفت .

ويشترط لصحة الدعوى به أن تكون التركة مشتملة على مال ولو حكماً .

طبق الحكم هذه القواعد على قواعد الدعوى تطبيقًا صحيحًا ، وإنتهى إلى القضاء للمدعية على المدعى عليه بثبوت مبلغ .... جنيه مصري مثل دين مؤخر صداقها بذمة زوجها المرحوم «   » تستوفيه من تركته أين وجدت (١) .

مطالبة بمثل دين مؤخر الصداق .

المقرر في الأصول الشرعية أن المهر يجب بالعقد ، ويتأكد بالدخول ، ويحل أجله بالطلاق الرجعي وإنقضاء العدة ، والديون يقضى بأمثالها (٢) .

المقرر شرعًا أن كل ما كان مقومًا بمال من العقارات والمجوهرات والأنعام والغلات والمزروعات ومنافع الأعيان يصلح أن يكون مهراً ، وكل ما

---

(١) القضية رقم ٢١٤ سنة ١٩٧٥ شرعي جزئي بندر الزقازيق .

(٢) القضية رقم ٤٤٢ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس تلا .

ليس مقوماً بمال فى ذاته أو بالنسبة للمسلمين كالخمر والخنزير لا يصلح ان يكون مهراً وإن سمى ، فالعقد صحيح والتسمية فاسدة .

شروط إستحقاق أجل الصداق إنقضاء العدة شرعًا :

١٥٦مكرر – دعوى مطالبة بآجل صداق :

اقامتها المدعية بطلب الحكم على مطلقها المدعى عليه بأن يؤدى إليها مبلغ ٥٠ جنيه مثل دين مؤجل صداقها فى ذمته وأمره بذلك وإلزامه بالمصاريف .

وبجلسة ١٠/١١/١٩٧٤ حكمت المحكمة غيابيًا بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى إلى المدعية خمسين جنيهاً مثل دين آجل صداقها بذمته وأمرته بذلك وألزمته بالمصاريف ومائة قرش أتعاب محاماه (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم .

(أ) قصوره فى التسبيب بعد إستظهاره فى مدوناته إنقضاء عدة المدعية بأحد الأسباب الشرعية – الحيض ثلاث مرات كوامل ، أو مضى ثلاثة أشهر لمن لا يحضن ، ووضع الحمل لمن طلقت حاملاً – مما هو مشروط لحلول مؤجل الصداق للمطلقة رجعيًا وفقًا لنص فقه المذهب الحنفى .

(ب) أنه لما كانت المادة ١٧٦ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ قد أوجبت ألا تقل قيمة أتعاب المحاماة التى يحكم بها على من خسر الدعوى عن جنيهين فى قضاء المحاكم الجزئية التى لا تقل قيمتها عن خمسين جنيهًا – وإذ قضى الحكم فى هذه الدعوى بمائة قرش أتعاب محاماة مع أن قيمتها خمسون جنيهاً ، فإنه يكون مخالفاً للقانون .

---

(١) فارسكور – جلسة ١٠/١١/١٩٧٤ – القضية ١٦٨ سنة ١٩٧٤ احوال نفس ، والقضية ١٧٣ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس بندر دمياط – جلسة ١٠/١٢/١٩٧٤ ، والقضية ٤٠٥ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس بندر فارسكور – جلسة ٢٣/١٢/١٩٧٤.

وجوب التوقيع على صحيفة دعوى المطالبة بآجال الصداق :

١٥٦ مكرر (١) - دعوى مطالبة بمثل أجل صداق :

أقامتها المدعية ضد مطلقها المدعى عليه بعد إنقضاء سنة على الطلاق ، تطالبه فيها بأجل صداقها البالغ ٥٠ جنيه مع إلزامه بالمصاريف .

وقد خلت الصحيفة من توقيع محام مشتغل عليها .

لم يحضر المدعى عليه .

وبجلسة ١٩٧٥/١١/١٨ قضت المحكمة غيابياً بالطلبات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان مؤدى نص المادة ٤٧/ ٤ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ عدم جواز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعة من محام مشتغل ، متى بلغت أو جاوزت خمسين جنيهاً ، ورتبت - على المخالفة - البطلان المعتبر من النظام العام ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها - إذ كان ذلك ، وكان الحكم قد قضى فى موضوع الدعوى برغم ثبوت عدم توقيع محام عليها بما يبطلها ، فإنه يكون بدوره عرضة للبطلان (نقض - جلسة ١٩٧٣/٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤- العدد١ - مدنى وأحوال - ص٢٨٢) .

صاحب الصفة فى المطالبة بمؤخر صداق الزوجة من تركة الزوج :

١٥٦ مكرر (٢) - مطالبة بمؤخر صداق .

أقامتها المدعية ضد نفسها وبوصفها وصية على أولادها القصر من زوجها المتوفى طالبة الحكم بمؤخر صداقها وقدره خمسة وسبعون جنيهاً

---

(١) مركز دمياط - جلسة ١٩٧٥/١١/١٨ - القضية ١٦٣ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس ، والمعارضة فى القضية ٥٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ميت غمر (جهاز قيمته ١٧٠ جنيه) - جلسة ١٩٧٥/٢/١٠ ، والقضيتين ٢٦٩ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس المنزلة - جلسة ١٩٧٥/٢/١٦ و١٠٧ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس المنزلة - جلسة ١٩٧٥/٣/٢ .

مع المصاريف والأتعاب والنفاذ بلا كفالة .

وبجلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ حكمت المحكمة غيابيًا للمدعية على المدعى عليها عن نفسها وبصفتها بثبوت دين مؤخر صداق المدعية وقدره – ٧٥ جنيه – فى ذمة زوجها المتوفى تستوفيه من تركته حيثما وجدت وألزمت المدعى عليها بالمصاريف الرسمية ومبلغ مائتى قرشًا مقابل أتعاب المحاماة(١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت أوراق الدعوى واضحة الدلالة فى أن المدعية هى المدعى عليها وأنها الوصية على القصر ، وكانت حقيقة الدعوى قضاء تقتضى التغاير فى الواقع بين طرفيها ، ولا يقبل من دائن المتوفى مقاضاة نفسه بوصفه وارثًا له ووصيًا على قصره فى إقتضاء دينه من التركة ، إذ دعوى الإنسان على نفسه لا تصح – لما كان ذلك فإن الحكم إذ ساير المدعية وقبل دعواها على نفسها لنفسها بوصفها وصية على قصرها من المتوفى ودون تعيين وصى خصومة بالنسبة للقصر يكون قد خالف القانون (جامع الفصولين– جزء ٢ – ص٣٦و٣٧ – الفصل الثامن والعشرين ، والجامع لأحكام الصفاء – ص٦٤ ، وأداب الأوصياء – ص١٨٢ وهما مطبوعان على هامش المرجع الأول ، والدر المختار وحاشية رد المحتار– لإبن عابدين – جزء ٤ – ص٤٣٦ وما بعدها – فى كتاب الدعوى) .

وجوب تحليف الخصم يمين الإستظهار قبل الحكم بأداء مؤجل الصداق من تركة الزوج المتوفى :

١٥٦ مكرر (٣) – طلبت المدعية الحكم على المدعى عليهما بوصفهما والدى الزوج المتوفى ومن ورثته بأن يؤديا إليها من تركته مبلغ ٢٠ جنيهًا مثل دين مؤجل صداقها فى ذمته وإلزامهما بالمصاريف .

وبالجلسة حضر المدعى عليهما وأقرا بالدعوى والتزمت المدعية بالمصاريف .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٨ حكمت المحكمة حضوريًا للمدعية على

---

(١) المنزلة – جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ – القضية ٦٢ سنة ١٩٧٥ احوال نفس .

المدعى عليهما بثبوت مبلغ ٢٠ جنيه دين مؤجل صداقها بذمة زوجها المرحوم « ...... » وأمرت المدعى عليهما بأداء مثله إلى المدعية من تركة ومال زوجها حيثما وجدت وألزمتها مصاريق الدعوى (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان هذا الدين مطلوباً من تركة الزوج المتوفى ، وكانت نصوص فقه المذهب الحنفى التى تحكم الموضوع بالإعمال للمادتين ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تقضى بأن يحلف القاضى غريم الميت من غير طلب خصمه ، وأنه إذا لم يفعل لم تستوف الدعوى شروطها ، فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض - لما كان ذلك وكانت الدعوى بطلب إقتضاء دين مؤجل الصداق من تركة الزوج المتوفى ، وكان الحكم قد أغفل تحليف المدعية هذه اليمين التى سماها الفقهاء بيمين الإستظهار ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (الدر المختار - للحصكفى وحاشية رد المحتار لإبن عابدين - فى باب القضاة - جزء ٤ - ص٣٦٠ ، وتنقيح الحامدية - فى باب الدعوى - جزء ٢ - ص١١ ، والبحر الرائق - فى ذات الموضع) .

المحكمة المختصة بالفصل فى دعاوى المهر :

١٥٦ مكرر (٤) - مطالبة بمبلغ ٢٠ جنيه مؤخر صداق .

وبجلسة ١٩٦٢/١٢/٢٢ حكمت المحكمة غيابيًا بعدم إختصاصها بنظر الدعوى وألزمت المدعية بالمصروفات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- مخالفته للقانون لقوله إن طلب مؤخر الصداق هو مما تختص به المحكمة المدنية دون غيرها ، وقضاؤه بناء على ذلك بعدم إختصاص محكمة دمياط للأحوال الشخصية بالفصل فى هذا الطلب ، حالة أن محكمة الأحوال الشخصية مختصة بالفصل فيه عملاً بصحيح نص المادة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أن المحاكم الشرعية تختص

---

(١) إيتاى البارود - جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ - القضية ٢٣٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

(٢) دمياط الجزئية - جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٢ - القضية ٤٢٧ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس.

بالحكم الإبتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية : « المهر والجهاز – إذا زاد المستحق للطالب على ألفى قرش ، أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش ».

٢– أخذاً بمنطق الحكم القائل بأن محكمة الأحوال الشخصية غير مختصة بنظر الدعوى فإنه يكون خطأ فى القانون رفض الحكم إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة بمقولة إنها بحالتها غير مقبولة لعدم إلتجاء المدعية إلى طريق أمر الأداء ، ذلك أنه إذا إستبان للمحكمة عدم إختصاصها بالفصل فى الدعوى ، فقد إمتنع عليها التعرض لشروط قبولها ، إذ أن بحث الأمر منوط بالمحكمة المختصة عند عرض النزاع عليها ، مما كان يتعين معه مع القضاء بعدم الإختصاص إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة .

متى تكون الزيادة فى المهر وصية ؟

١٥٦ مكرر (٥) – الزيادة فى المهر المسمى فى عقد الزواج جائزة ومقبولة شرعاً بشروط أربعة :

١– أن يكون الزوج بالغاً عاقلاً رشيداً .

٢– أن تقبل الزوجة الزيادة لأنها هبة ، ولا يدخل ملك الإنسان شىء أكره عليه ، إلا الميراث فإنه يدخل فى ذمة الوارث جبراً عليه .

٣– أن تكون الزوجية قائمة ، أو تكون الزوجة فى عدة من طلاق رجعى .

٤– أن تكون الزيادة معلومة لأن عقد الهبة على مجهول يقع باطلاً ، والزيادة هى محل الهبة فيتعين أن تكون معلومة .

والزيادة تجب كأصل المهر وتتأكد بالحالات التى يتأكد بها . فإذا كان الزوج قد زاد الزيادة لا تعتبر من المهر وإنما تعتبر وصية تخضع لأحكام الوصية ، وإن لم تخضع لها كانت لغواً .

مدى الإلتزام بالمهر المدون بالوثيقة :

١٥٦ مكرر (٦) – وثيقة الزواج من الأوراق الرسمية ، وما دون بها يعتبر حجة ملزمة على الأقل بالنسبة لطرفيها ، فإذا لم يكن بيد المطلقة

قبل الدخول والخلوة دليل كتابى على حقيقة المهر المدفوع أو على أن المهر لم يدفع ، إلتزمت المطلقة برد ما زاد على نصف المهر المدون بالوثيقة .

٢- الجهاز ومتاع البيت :

١٥٧- على الزوج أن يعد المسكن وما يتطلبه من فرش ومتاع وأدوات منزله وغيرها إستكمالاً للحاجيات المنزلية ، إذ أن ذلك من النفقة الزوجية الواجبة على الزوج شرعاً من طعام وكسوة ومسكن .

وليس من مصادر الشريعة الإسلامية دليل على وجوب الجهاز على الزوجة ، ولا على أبيها ، ولا تجبر هى ولا أبوها على إعداده ، سواء أكانت الزوجة بكراً أم ثيباً ، فإذا قامت الزوجة أو ابوها بإعداده كانت متبرعة .

وإذا زفت المرأة بدون جهاز اصلاً أو بجهاز قليل لا يتناسب مع المهر الذى دفعه الزوج ، فليس له أن يجبرها أو وليها على إحضار الجهاز ، كما ليس له أن يطالب أحداً منهما بتنقيص شيء من المهر ولو كان قد بالغ فى المهر رغبة فى إحضار جهاز كثير أو جيد .

وقد جرت عادات الناس منذ القديم على أن المرأة تزف إلى زوجها بجهاز، بل أن أهل الزوجة ينفقون أكثر من مهرها فى إعداد جهاز وشراء حلى وملابس للزوجة .

وإذا أحضرت الزوجة عند الزفاف جهازاً إلى بيت زوجها كان ملكاً لها وحدها ، وليس للزوج ولا لغيره حق إستعماله أو الإنتفاع به بغير إذنها ورضاها ، وليس للزوج إجبارها على الإنتفاع . بل يجب على الزوج أن يعد لها مسكناً شرعياً مستكملاً لكافة مقوماته من أثاث وأدوات وإذا أخذ الزوج بغير رضا الزوجة كان غاصبًا ، وحق لها إستـرداده بعينه . وإن هلك أو إستهلك فى يده كان ضامناً له ، لأن هلاك الشيء فى ضمان الغاصب له ، وحق لها الرجوع عليه بمثله أو بقيمته .

وقد يقع الخلاف بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما حول ملكية متاع المنزل ، وقد يكون المتاع مما يصلح للرجال فقط كالكتب بالنسبة للزوج المحامى أو المدرس وأدوات الطبيب ، والمهندس، والثياب الخاصة بالرجال . وقد يتناول النزاع ما يصلح للنساء عادة كأدوات

الزينة والحلى وثياب المرأة ، وقد ينصب النزاع على أشياء مشتركة كالسجاجيد والأسرة والمفروشات والأوانى - فيدعى كل واحد من الزوجين ملكية أثاث المنزل الذى يسكنان فيه ، وسواء أكان هذا المنزل يستأجر أو يمتلكه احدهما ، فإن كلاً منهما يعتبر مدعياً ، ومن أقام منهما البينة على دعواه دون الآخر، قضى له بملكية ما أقام البينة عليه . وإن أقام كل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر وصلاحية الأثاث المتنازع عليه لأيهما ، فإن كان يصلح للزوج فقط رجحت بينة الزوجة لإثبات خلاف الظاهر ، وقضى له بدعواه ، وإن كان يصلح لهما سقطت البينتان لتعارضهما ، ولعدم وجود ما يرجح إحداهما على الأخرى ، ويكون القول للزوج بيمينه ، فإن حلف بأن الأشياء المتنازع عليها مملوكة له قضى له لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه ، وإن نكل على الحلف قضى للزوجة لأن نكوله بمثابة إقرار بدعوى الزوجة .

وإذ لم يكن لأحدهما بينة قضى للزوج بما يصلح للرجال من المتاع بيمينه ، وقضى للزوجة بما هو من متعلقات النساء بيمينها . ونكول أى منهما إقرار بدعوى الآخر .

أما إذا كانت الأشياء المتنازع فيها مما يصلح للنساء وللرجال معًا كالسجاجيد والأسرة والمفروشات والأوانى ، فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول تحديد المالك لهذه الأشياء وفى أدلة الإثبات .

فذهب أبو حنيفة ومحمد وآخرون إلى أن القول للزوج فى كل ما يصلح لهما ، لأن المسكن مسكنه وكل ما يحويه مملوك له وتحت يده وسلطاته ويده متصرفة ، أما يد الزوجة فحافظة وكان الظاهر يشهد للزوج .

وذهب زفر إلى أن تنصف الأشياء المتنازع عليها بينهما ، لأن يدهما ثابتة على كل ما فى البيت .

وذهب أبو يوسف وبعض الفقهاء إلى أن القول قول المرأة إلى جهاز مثلها ، لأن المرأة لا تدخل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فكان الظاهر شاهداً لها بهذا القدر ، وما زاد على هذا القدر فالقول فيه للزوج لأن يده عليه .

وقال الحسن أن قول المرأة فى كل شىء إلا فى ثياب الرجل ، ذلك أى يد المرأة على ما فى البيت أظهر .

وقال الشافعى أن ما يصلح لهما وغيره فهو ملك لهما لأن كليهما واضع اليد على ما فى البيت إلا إذا قام الدليل على خلافه (كرأى زفر) .

وإذا كان الخلاف بين ورثة أحدهما والآخر أو بين الورثة فيما بينهم ، فالرأى عند الفقهاء كما لو كان النزاع بين الزوجين على النحو السابق ، إلا أبو حنيفة فقد إعتبر الظاهر شاهداً للزوجة إذا كان النزاع بينها وبين ورثة زوجها لأنها واضعة اليد (١) .

ويؤيد البعض (٢) رأى أبى يوسف لأنه يؤيد العادة المستمرة بين الناس فى أن الزوجة لا تزف إلى زوجها ولا تدخل بيت الزوجية مجردة عما جرت العادة بتجهيز أمثالها ، فقد كان أبو يوسف رئيس القضاة فى عصره، وقد خبر أحوال النساء وعاداتهن ، وهذا يجعل لرأيه فى أمثال هذه المسألة المكان الأول فى الإعتبار .

إن الجهاز فى يد الزوج أمانة فإذا طولب به وإمتنع عن تسليمه إنقلب يد ضمان ، وصار فى حكم الغاصب شرعًا وقانونًا – المطالبة هى التى تكون عن طريق رسمى ومن ذلك إعلانه بالدعوى – تعتبر قيمة الجهاز يوم الغصب وهو اليوم الذى حصلت فيه المطالبة والإمتناع ، إن الصحف اليومية حجة فيما تنشره عن أسعار الذهب والفضة وغير ذلك من المعادن ، إن العلم الذى لا يحكم به القاضى هو العلم الجزئى الذى لا يتعلق بحادثة معينة ، أما المعلومات العامة فيتعين على القاضى الحكم بمقتضاها (٣) .

إن الجهاز فى يد الزوج أمانة فإذا طولب به وإمتنع عن تسليمه إنقلب

---

(١) محاضرات فى الزواج وآثاره ، للشيخ محمد أبو زهرة ، ص٢٢٦ .

(٢) أحكام الشريعة الإسلامية ، للشيخ عمر عبد الله ص٢٨٤ .

(٣) سوهاج الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٥/٥ ، المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ ص٢٢٢ .

يده يد ضمان وصار فى حكم الغاصب شرعاً وقانوناً (١) .

تعتبر قيمة الجهاز يوم الغصب وهو اليوم الذى حصلت فيه المطالبة والإمتناع (٢) .

إن مليكة الزوجة المسلمة لجهاز زيجتها قرينة إستقر عليها العرف وهى قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة (٣) .

وإذا إتفق المدعى والمدعى عليه على جميع الوقائع فى دعوى طلب فيها الحكم بأعيان الجهاز وقيمتها وإختلفا فى أن أعيان الجهاز المعروضة للتسليم هى بعينها الواردة فى قائمة الجهاز أو أنها غير واردة بها ، فالقول قول الغاصب بيمينه وهذا كله عند عدم البرهان .

واليمين هى حق المغصوب فيه وليست حقًا لله تعالى فلا توجه إلا بطلب المغصوب منه (٤) .

لا معنى للكفالة بالجهاز سوى أن ما غصب من أعيانه أو جحد أو ضاع أو تلف فعلى الضامن ، فهى كفالة معلقة بالشرط .

محل عدم صحة الكفالة بالأمانات إنما هو فيما إذا كانت الكفالة بها غير معلقة على شرط ملائم . أما إذا كان مغزاها إنما هو هذا التعليق كما هو الشأن فى الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحة قطعاً (٥) .

عموم إختصاص المحاكم الشرعية بنظر دعوى الجهاز دون نظر إلى

---

(١) بلقاس الجزئية ، جلسة ١٩٧١/١٠/٣١ القضية ٢٥١ سنة ١٩٢١ جزئى أحوال شخصية نفس .

(٢) سوهاج الجزئية ، جلسة ١٩٤٨/٥/٢ ، المرجع السابق ، ص٢٢٢ .

(٣) إستئناف القاهرة ، جلسة ١٩٥٨/١١/١٧ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٥٨ ، العدد ٧و٨، ص٢١٠ .

(٤) الفيوم الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٤٧/٩/١٧ ، المرجع السابق ، العدد ١و٣، ص٦٠ .

(٥) أسيوط الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٤٧/٥/٢١ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢١ العدد ٧و٨ ، ص٤٢٩ .

صفة المتداعين ، إذ المناط فى ذلك هو مجرد كون الموضوع دعوى جهاز ولو كان أحد الطرفين ليس زوجها .

طبيعة عقد الإيداع تسليط من جانب صاحب الوديعة للمودع على الحفظ الشخصى للوديعة وإلتزام من جانب المودع بهذا الحفظ الشخصى وأنها أمانة وتضمن بالنقد ، وحدد الفقهاء الحفظ الشخصى بناء على هذا الأصل بحفظها بنفسها فلم يبيحوا للمودع أن يحفظ الأعيان المودعة إلا بنفسه وفى حرزه فلو حفظها بأحد أو فى حرز أحد ولو من أولاده ضمن ، إلا انهم أباحوا للمودع على سبيل الترخيص أن يحفظها بأحد من عياله بشرط أن يكون ساكناً وأن لا يعلم فيه خيانة ، وألا يكون قد نهى من جانب صاحب الوديعة عن حفظها بواسطته وكان له منه يد لأن الحفظ فى هذه الحالة يعتبر حفظاً شخصياً .

ليس للمودع أن يسلم الوديعة إلى أحد بأى وجه من وجوه التسليم إيداعًا أو إعارة أو رهناً أو إجارة أو غير ذلك ، فإن سلمها إلى أحد ولو إبنه ضمن .

رد الوديعة إلى بيت صاحبها أو من عياله أو إلى عبده لا يكون رداً للوديعة إلى صاحبها يبرأ من المسئولية الضمانية .

تسليم الجهاز لوالد الزوج دلالة على عدم أمانة الزوج ونهى ضمنى من الزوجة عن الإيداع عنده .

كل دعوى عين تتضمن فعلاً للمدعى عليه يكون المدعى عليه خصماً فيها وإن كانت العين ليست فى يده لأنه إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بيده على العين بخلاف دعوى الملك المطلق التى لا تتضمن فعلاً للمدعى عليه فإنه يكون خصماً بإعتبار يده عليها حتى لا تصح دعواه على غير ذى اليد .

دعوى صاحب الوديعة لا تتجه على من سلم المودع الوديعة إليه على أى جهة من وجوه التسليم لأنه ليس خصماً فيها إذ هى دعوى ملك مطلق فلا تصح إلا على ذى يد ويده عليها ليست يد خصومة فلا تملك الزوجة مخاصمة زوجها فى أعيان جهازها التى أودعتها عند والده وسلمها الوالد

إلى إبنه وهو الزوج (١) .

أهم الأصول الشرعية فى الجهاز:

١٥٨- كفالة الجهاز :

لا معنى للكفالة بالجهاز سوى أن ما غصب من أعيانه أو جحد أو ضاع أو تلف ، فعلى الضامن ، فهى كفالة معلقة بالشرط .

محل عدم صحة الكفالة بالأمانات إنما هو فيما إذا كانت الكفالة بها غير معلقة على شرط ملائم . أما إذا كان مغزاها إنما هو هذا التعليق . كما هو الشأن فى الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحة .

وقد جاء أسباب حكم محكمة أسيوط :

« ومن حيث أن الكفالة بالجهاز صحيحة شرعًا إذ العبرة فى تكييف العقود بمعانيها والمرمى المقصود منها دون ألفاظها ومبانيها ، وأنه لواضح كل الوضوح أنه لا معنى للكفالة بالجهاز سوى أن ما غصب من أعيانه أو جحد أو ضاع أو تلف فعلى الضامن ، فهى كفالة معلقة بالشرط قطعًا ، وقد نص الفقهاء على صحتها : جاء بالجزء الرابع من إبن عابدين – ص٢٩١ (باب الكفالة) ما يأتى : « وتصبح الكفالة بما غصبك فلان فعلى وكذا ما أتلف لك المودع فعلى وكذلك كل الأمانات وكذا فى جامع الفصولين... » .

فما ذهب إليه بعض الباحثين من عدم صحة الكفالة بالجهاز لأنه أمانة والكفالة بالأمانات باطلة ليس صحيحًا لأن محل عدم صحة الكفالة بالأمانة غير معلقة على شرط ملائم . أما إذا كان مغزى عقد الكفالة وما يهدف إليه وما يحمله فى ثناياه وطياته إنما هو الشأن فى الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحة قطعاً كما يدل على ذلك ما نقلناه عن إبن عابدين ، وهو لعمر الحق نص قاطع فى حادثتنا هذه لمن يمعن النظر .

---

(١) العياط الشرعية ، جلسة ١٩٥٢/٥/٢٤ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٤ العدد ٤و٥و٦ ص٢٥٦ وما بعدها ، وأسيوط الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٥/٢١ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٧و٨ – ص٤١٩ وما بعدها .

الخلاف حول أعيان الجهاز المعروض للتسليم:

إذا إتفق المدعى والمدعى عليه على جميع الوقائع فى دعوى طلب فيها الحكم بأعيان الجهاز أو قيمتها ، وإختلف فى أن أعيان الجهاز المعروضة للتسليم هى بعينها الواردة فى قائمة الجهاز أو انها غير الواردة بها فالقول قول الغاصب بيمينه .

أن القول للقابض فى تعيين ما قبض أميناً كان أو ضمنيًا وذلك عند عدم البرهان .

إذا كان فى هذه الحالة القول قول القابض بيمينه ، فاليمين هى حق المغصوب منه وليست حقاً لله تعالى ، فلا توجه إلا بطلب المغصوب منه .

وقد جاء بأسباب حكم محكمة الفيوم :

« .. يقول هو إن الأعيان المعروضة هى بعينها الصادر ضده الحكم بتسليمها إن كانت قائمة (أو قيمتها إن كانت هالكة – أو مستهلكة بإعتباره غاصباً بعد أن كان أميناً) ، بينما تقول هى إنها ليست كذلك .

ومن حيث أن المنصوص عليه أنه إذا إختلف الغاصب والمغصوب منه فى نفس المغصوب هل هو عينه أم غيره فالقول للغاصب بيمينه لأن القول للقابض فى تعيين ما قبض أميناً كان أو ضمينأ (قال شرح الدر ص١٢٢ من الجزء الخامس لإبن عابدين .

ولو فى نفس المغصوب فالقول للغاصب ، وعلق على ذلك إبن عابدين موضحًا قائلاً بأن قال الغاصب لثوب : هذا ليس هو الذى غصبته ، وقال المالك بل هو هذا ، فالقول للغاصب لأن القول للقابض فى تعيين ما قبض أميناً كان أو ضميناً) .

وهذا كله عند عدم البرهان ، وقالت هى أنه ليس لديها إثبات ، ولما كان حقاً ولم تطلبها وليست من حقوق الله فلم تعرضها المحكمة – من تلقاء نفسها عليه – ثم قضت المحكمة بوقف تنفيذ الحكم بالنسبة لقيمة أعيان الجهاز حتى يثبت هلاك أعيان الجهاز المذكورة أو إستهلاكها .

طبيعة عقد إيداع الجهاز :

طبيعة عقد إيداع (الجهاز) تسليط من جانب صاحب الوديعة للمودع

على الحفظ الشخصى للوديعة وإلتزام من جانب المودع بهذا الحفظ الشخصى ، وأنها أمانة وتضمن بالنقد : وحدد الفقهاء الحفظ الشخصى بناء على هذا الأصل بحفظ نفسه فلم يبيحوا للمودع أن يحفظ الأعيان المودعة إلا بنفسه وفى حرزه ، فلو حفظها بأحد أو فى حرز أحد ولو من أولاده ضمن ، إلا أنهم أباحوا للمودع على سبيل الترخيص أن يحفظها بأحد من عياله بشرط أن يكون مساكناً وأن لا يعلم فيه خيانة وألا يكون قد نهى من جانب صاحب الوديعة عن حفظها بواسطته وكان له منه بد لأن الحفظ فى هذه الحالة يعتبر حفظاً شخصياً .

إن تسليم الجهاز لوالد الزوج دلالة على عدم أمانة الزوج ونهى ضمنى من الزوجة عن الإيداع عنده (١) .

من توجه إليه الدعوى بطلب تسليم الجهاز :

للزوج إتفاقاً .

وللكفيل به على الراجح .

وإذا دفعت الدعوى من جانب والد الزوج بعدم سماع الدعوى (المقرر بورقة بإستلام أعيان الجهاز من الزوجة) بعدم سماعها شرعًا بمفهوم أنه سلم أعيان الجهاز لإبنه (الزوج) ، وكانت ظروف الدعوى وملابساتها وإحتدام الخصومة بين الزوجين كاشفة عن التواطؤ بين الأب وإبنه ، كان هذا الدفع حيلياً مستوجب الإلتفات عنه ورفضه قيمة الأعيان هى قيمتها يوم الإستلام ويوم الغصب (كما تقول المدعية) .

تقضى المادة ٩٦ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، والواردة فى الفصل الثالث من الباب الثانى فى سماع الدعوى .

وهى من بين المواد الملغاة بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد جهات القضاء بأنه لا يلزم لصحة الدعوى فى الغصوب بيان القيمة إلا إذا

---

(١) سوهاج الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/٥/٥ ، المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٤و٥و٦ – ص٢٢٢ .

كان هالكاً ، فإن كان قائماً إكتفى فيه بالوصف .

وتقضى المادة ٩٧ الملغاة :

« من قبيل الغصب إمتناع الأمين عن تسليم الأمانة عند طلبها كإمتناع من تحت يده الجهاز من تسليمه للزوجة عند طلبه » - وقد عبرت هذه المادة عن المدعى عليه بأنه (الأمين) وبأنه (من تحت يده الجهاز) دون نظر إلى صفته فيصدق حكمها على الزوج وغيره .

ومن ثم فلا يعفى المستلم (أو الكفيل به) - الذى ترك الحفظ الشخصى الملتزم به - من مسئولية فى هذه الدعوى وإتجاه دعوى الضمان عليه ولو كانت أعيان الجهاز فى يد الزوج وليست فى يده .

وجاء فى (فتح القدير) - الجزء ٧ - باب الوديعة - : « فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها » ، ومعنى الضمان هنا أن تنقلب يده من يد أمانة إلى غصب وعلى الغاصب رد ما غصب .

وفى (الدر المختار وشرحه) : « ويجب رد عين المغصوب فى مكان غصبه أو رد مثله إن هلك وهو مثل ، وإن إنقطع المثل فقيمته .. إلخ » .

ويد الزوجة فى أعيان جهازها حق مقصود لها وقد فوتها عليها فيجب إعادتها بردها إليها إن كانت قائمة ، إذ فى ذلك إبقاء كامل لأنه رد للعين والمالية ، فكان موجباً أصلياً أو رد قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة إذ فيه إباء قاصر لأنه رد للمالية فقط فكان مخلصاً خلفاً عن العين عند تعذر ردها.

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز .

طلبت المدعية الحكم على المدعى عليه بأن يسلم إليها أعيان جهازها الموضحة بالصحيفة إن كانت قائمة أو قيمتها المبينة كذلك إن كانت هالكة أو مستهلكة مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .. أحيلت الدعوى إلى التحقيق .

إستعرض الحكم واقعة النزاع وخلاصة ما قدمه الطرفان من دفاع وأدلة ، وحدد موطن النزاع وأنه منحصر فيما أبداه المدعى عليه من تسلمها أعيان جهازها بعد الطلاق ، وناقش الحكم أقوال شهودهما ، طارحاً أقوال

شاهدى النفى لتناقضهما وللقرينة المستفادة من إستحالة تسليم هذه المنقولات فى ساعة متأخرة من الليل وبعد حصول النزاع ، دون أن يحصل منها على إيصال بتسليمها جهازها ، وإنتهى إلى قبول شهادة شاهدى الإثبات ، ثم أورد القاعدة القانونية التى إعتبرت جهاز الزوجة تحت يد الزوج على سبيل الأمانة ، وأن الأمين إذا إمتنع عن تسليم الأمانة التى تحت يده يعتبر غاصبًا ، وأن الغاصب ملزم برد عين ما اغتصب إن كان قائمًا أو قيمته إن كان هالكاً أو مستهلكاً (١) .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز ،

أقامتها المدعية ضد زوجها المدعى عليه طلباً للحكم بتسليمها أعيان جهازها عيناً أو ثمنها وقدره ٢٣ جنيه .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/٣ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى (٢).

ويؤخذ على هذا الحكم فساده فى الإستدلال ، ذلك انه جعل من إقرار المدعية القضائى بأنها لم تزف إلى المدعى عليه بالمنقولات الواردة بالقائمة سند الدعوى حيث كانت فى حوزة المدعى عليه من قبل مخلفة له من زوجة سابقة ، دليلاً على أن المدعية لا تملك تلك المنقولات ، حالة كون إقرار المدعية بذاته ، وعلى هذه الصورة لا يقوم دليلاً على إنتفاء تمليك المدعى عليه ذات المنقولات لزوجته المدعية عند الدخول بها ، وهو الأمر المستفاد من إقراره بملكيتها لها فى القائمة المذيلة بتوقيعه ، والذى تأكد بإقراره اللاحق الوارد بالشكوى الإدارية المقدمة منه .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز أو قيمته :

أقامتها الزوجة ضد زوجها وأبيه طالبة إلزام الأول مديناً والثانى ضامناً برد أعيان جهازها الموضحة بالصحيفة والقائمة المؤرخة ١٩٦٥/٨/٦ إن كانت قائمة أو دفع قيمتها وقدرها ١٢٢ جنيه و٥٠٠ مليم إن كانت هالكة أو مستهلكة مع إلزامهما المصروفات .

---

(١) كفر الدوار الجزئية – جلسة ١٩٧٥/١/٢٠ – القضية ٣٢٩ سنة ١٩٧٤ احوال نفس.

(٢) قنا – جلسة ١٩٧٤/١١/١٣ – القضية ١٢٠٥ سنة ١٩٧٤ احوال نفس جزئى .

وبجلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ قضت المحكمة حضورياً بالطلبات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت منقولات الزوجية تودع بيت الزوجية رهن الإستعمال المشترك للزوجين ، مما مفاده أن للزوج عليها حق الإستعمال طالما بقيت الزوجية ما لم يحدد الإتفاق وقتاً آخر لردها ، فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق إرتهن ردها بإنفصام عرى الزوجية وبات طلب الزوجة ردها قبل هذا الأوان غير مقبول – لما كان ذلك وكانت القائمة – التى تحكم العلاقة بين الطرفين – قد خلت من تحديد أوان لرد المنقولات ، وكان البين من وقائع الدعوى أن الزوجية لا زالت قائمة ، فإن الحكم إذ رأى أن أوان رد المنقولات قد آن بمجرد طلب المدعية يكون قد جافى الواقع فى الدعوى وأخطأ فى القانون .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز .

بحث الحكم يد الزوج على أعيان جهاز زوجته ، مقرراً أن المقرر شرعاً أن الجهاز يعد أمانة فى ذمة الزوج ، لأن الزوجة وما فى يدها فى يد زوجها والأمانات إنما تضمن بالتعدى وهو من يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع ، فجهاز الزوجة لا يضمن إلا بالتعدى وإمتناع الأمين وهو الزوج فى الدعوى عن تسليم الجهاز للمدعية عند طلبه بما يجعله متعدياً وجاحداً له وبالتالى غاصباً له والغاصب ملزم برد المغصوب إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً (٢) .

التكييف الصحيح لدعوى الجهاز :

وفى دعوى أعيان جهاز:

أقامها المدعى ضد زوجته قائلاً إنها زفت إليه بأعيان الجهاز المبينة بقائمة مذيلة بتوقيعه ، وقد قامت المدعى عليها بنقل مفردات القائمة قيمتها ٤٧ جنيه و٨٠٠ مليم (خاتم ، ودبلة ذهب ، وبعض أدوات المائدة ، ومفروشات) وقد طالبها بإعطائه إيصالاً يفيد إستلامها هذه الأشياء إبراء

---

(١) الخانكة – جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ – القضية ٤٦ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس – جزئى .

(٢) مركز الزقازيق – القضية رقم ٤٣٣ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

لذمته من قيمتها الثابتة بالقائمة ، فرفضت ، فأقام الدعوى مطالباً بتسليمه هذه الأشياء أو ثمنها فى حالة رفضها التسليم .

وبالجلسة طلب المدعى إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها ، ولم تحضر المدعى عليها .

ولكن المحكمة قضت بجلسة ١٩٧٤/١١/٢٠ غيابيًا برفض الدعوى[١].

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المقرر – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن على المحكمة أن تعطى الدعوى التكييف الصحيح الذى تتبينه من الوقائع لتنزل حكم القانون على ما ثبت لديها أنه التكييف الصحيح ، وكان البين من عرض المدعى لواقعة النزاع أنه لا ينازع المدعى عليها فى أحقيتها فى إسترداد أعيان جهازها التى سلمتها إليه ، ولكنه يطلب إثبات براءة ذمته من إلتزامه برد المنقولات التى أورد بيانها فى صحيفة دعواه ، بدعوى أن المدعى عليها قد نقلتها من منزل الزوجية ، فإن الحكم إذا لم يكيف الدعوى بهذا التكييف ، ويقضى فى الدعوى على أساسه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

الإختصاص بقضايا الجهاز:

إذا رفعت الدعوى على المدعى عليه ليس بصفة كونه زوجًا ، وإنما رفعت عليه بصفة كونه وارثًا لوالده الذى تسلم جهاز المدعية .

فقد إختلفت أنظار المحاكم فى تحديد جهة الإختصاص :

فذهب رأى – إلى أن المفهوم من إختصاص المحاكم الشرعية بالجهاز إنما هو فى المنازعات الخاصة به التى أساسها الزوجية كالتى تسرى بشأنه بين الزوجين أو بين من يقوم مقامهما أو بين أحدهما ومن يقوم مقام الآخر ، أو فيما عدا ذلك فليس لها إختصاص فيه .

بينما ذهب رأى آخر – إلى أن كل خصومة تتعلق بأعيان الجهاز قبل

---

(١) قنا – جلسة ١٩٧٤/١١/٢٠ – القضية ٧٤٠ سنة ١٩٧٤ احوال نفس جزئى .

المستلم له تكون من إختصاص المحاكم الشرعية طبقاً للمادتين ٥و٦ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فإذا ما مات المستلم قام وارثه مقامه فى هذه الخصومة ، لأن صفة الأعيان المذكورة تبقى ثابتة لها ، والقول بغير ذلك لا يتفق وإطلاق المادتين المذكورتين اللتين جعلتا المحاكم الشرعية مختصة بالفصل فى المنازعات المبينة بهما والتى من بينها الجهاز بدون ملاحظة كون الخصومة فيه بين الزوجين أو من يقوم مقامهما ، إذ الإطلاق فيهما يشمل الدعاوى التى ترفع من أحدهما أو ممن يقوم مقامه ضد أي شخص آخر يكون قد إستلم أعياناً بوصفها جهاز (١) .

الأصول الشرعية فى منازعات المهر (الصداق) :

١٥٩– تتناول المهر (الصداق) ، من الناحية الإجرائية ، الأصول الشرعية التالية :

١– الإدعاء بأن المهر المذكور بوثيقة الزواج هو مهر العلانية ، وأن الواجب هو مهر السر و هو من قبيل إدعاء الكذب فى الإقرار لا يقبل إلا بدليل كتابى ... من حيث أن المقرر فى الأصول الشرعية أن الديون تحل بحلول أجلها ، وتقضى بأمثالها ، وتجاب المدعية والحال ما ذكر إلى ما طلبت ... لذلك : (حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على المدعى عليهما الأول بصفة أنه كان زوجاً لها ، والثانى بصفته كفيلاً له بثبوت دين صداقها بذمة مطلقها المدعى عليه الأول وقدره جنيه و مليم الذى حل بحلول أجله ، وأمر المدعى عليهما بالصفة المذكورة بأداء مثل ذلك إليها وألزمتها بالمصاريف و ٢ جنيه أتعاب للمحاماة (٢) .

---

(١) اسيوط الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٧٣/٩/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – ص١٤٩ وما بعدها ، والعياط الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٥/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ٤و٥و٦ – ص٢٥٦ .

(٢) بلقاس – جلسة ١٩٧٢/٢/٥ – القضية ٧٤ سنة ١٩٧١أحوال نفس ، وأسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٦/١/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ١و٢ – ص٨٢ .

٢- أجل الصداق يحل شرعاً بوفاة الزوجة ويصبح تركة للمتوفاة(١) .

٣- ومن حيث أن المدعية طلبت الحكم على مطلقها المدعى عليه بثبوت مبلغ   جنيه و   مليم مؤخر صداقها فى ذمته وأمره بأداء مثل ذلك إليها - ومن حيث أنه بالطلاق الثانى وإنقضاء عدتها منه يكون قد حل لها المؤخر المنوه عنه طبقًا لما هو منصوص عليه شرعًا ، جاء فى تنقيح الحامدية - الجزء الأول - ص٣٠٨) ما يلى : « سئل فى رجل طلق زوجته طلقة واحدة رجعية ثم راجعها ، فطالبته بمؤخر صداقها فكلفه أب الزوج كفالة شرعية ، فهل تصح الكفالة ولها مطالبته بذلك بعد ثبوتها شرعًا ؟ الجواب : نعم » : وقد علق على هذا صاحب التنقيح بما يأتى : « أقول قد تقدم فى أوائل باب المهر عن (الحاوى الزاهدى) : ولو طلقها رجعيًا لا يصير المهر حالاً حتى تنقضى العدة ، وبه أخذ عامة المشايخ » . فيقول المؤلف : ولها مطالبته بذلك، أى : عند حلوله بموت الزوج أو طلاق آخر (٢) .

٤- يقدر المهر فى حالة عدم تسميته بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها من مراعاة التماثل بينها وبين من يقاس عليها مهرها فى الصفات والزمن - إختلاف مهنة والد الزوجة عن مهنة إبنة عمه المقاس مهرها عليها لا يضر بالتماثل ، لأن الرغبة فى الصهر تتبع سمعة الأسرة ومركزها الإجتماعى (٣) .

٥- سبب وجوب الصداق على الزوج عقد النكاح ، وسبب وجوبه على الكفيل عقد الكفالة الذى هو إلتزام من الكفيل وحده بأداء ما وجب على الزوج من ماله الخاص (٤) .

---

(١) الوايلى الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٣ - العدد ١ ، ٢ ، ٣ -ص ١٣٢ .

(٢) اسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١٠/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٩ و١٠ - ص٦١٨ .

(٣) الجيزة الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٧و٨ ص٣٩٦ .

(٤) أسيوط الكلية الشرعية - جلسة ١٩٢٦/٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٧ - العدد ١و٢ - ص٨٢٥ .

٦- نص الفقهاء على أن المهر فى مقابلة البضع ، ويجب بالعقد ويتأكد بالدخول ، ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به ما دامت الزوجية قائمة ، فقد نص فى (شرح الدر - باب المهر) أن للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة رضيتها حتى تستوفى ما تعارف تعجيله من المهر لأن كل وطأة فى النكاح معقود عليها فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقى ، ويؤخذ من هذا أن كال وطأة فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فما دامت الزوجية فسبب الوجود قائم وهو الوطء (١) .

٧- المهر إنما يستحق شرعًا بالعقد لأنه معاوضة فلا يستحق بدون تحقق العوض ، فإذا لم يتم العقد كان لمن أداه الحق فى طلب ردة إليه ولو كان العدول عن العقد آتياً من جانبه (٢) .

٨- العادة والعرف يقضيان بأن الزوجة تجهز بمهر وتزف به لزوجها ولا يدخل بها الزوج عادة إلا بعد أن تزف إليه بما جهزت من مهرها ، وهذه عادة مستقضية فى جميع البلاد المصرية لا يختلف فيها إقليم عن آخر وهو عرف منتشر لا يخفى على أحد حتى أصبحت هذه العادة لازمة من لوازم الدخول ، والعادة لها إعتبار فى الأحكام (٣) .

٩- يقضى الفقه بأن لوالد الزوجة البكر البالغة العاقلة غير السفيهة قبض مهرها إذا لم يحصل منها نهى صريح عن قبضه لجريان العادة بأن الأب يقبض مهر البكر البالغة ليضم إليه شيئاً من ماله ليجهزها به (٤) .

١٠- طلب عاجل الصداق يثبت من تاريخ العقد ، فمضى أكثر من

---

(١) ملوى الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٢/١٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ١و٢ - ص٢٠٩ .

(٢) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٥٥/٢/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - العدد ١و٢ - ص١٥٩ .

(٣) سمالوط الشرعية - جلسة ١٩٣٢/١/٤ - المرجع السابق - السنة ٤ - العدد ٤و٥ - ص٧٨٠ .

(٤) شبين القناطر الشرعية - جلسة ١٩٣٢/١٢/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٤ العدد٨و٩و١٠ - ص٤٦٥ .

خمس عشرة سنة من غير طلب له مانع من سماع الدعوى لما يفهم من النص الفقهى (١) .

١١- وحيث أن الزوجة ماتت قبل الدخول ، فقد تأكد بموتها كل المهر(٢) .

١٢- الطلاق البائن يحل به مؤجل الصداق ، ولو قبل إنقضاء العدة لزوال الملك والحل لم يحكم خلاف ذلك بين الفقهاء لكن إذا كان مقسطاً على أقساط أو مؤجلاً إلى أجل فلا يحل إلا بحلول أقساطه أو أجله (حاشية إبن عابدين - جزء ٢ - ص٤٥٠) (٣) .

١٣- لا نزاع بين الفقهاء على أن الشبكة هدية والهدية هبة وخروجها عن ملك الموهوب له أو هلاكها أو إستهلاكها مانع من الرجوع فيها (٤) .

الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية بمنازعات المهر والجهاز :

١٦٠- المستفادة من نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن الحكم الصادر فى المنازعة المتعلقة بالمهر أو الجهاز يكون نهائياً قابل للإستئناف متى كانت قيمة المستحق المطالب به عشرة آلاف جنيهاً فأقل وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على ٢٠٠٠ جنيه (ألفان جنيهاً) .

ويلاحظ أن دعاوى الجهاز دائماً من إختصاص المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية مهما كانت قيمة الدعوى ، ولكن الحكم يكون إنتهائياً أو إبتدائياً بحسب القاعدة الواردة فى المادة التاسعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠

---

(١) ملوى الشرعية - جلسة ١٩٤٣/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ العدد٨و٩و١٠ - ص٤٦٢ .

(٢) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٢٦/٧/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - العدد ٥و٦ - ص٢٢٣ .

(٣) كفر الزيات الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٥/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٩ - العدد ٣و٤ - ص٩٢ .

(٤) كفر الشيخ الشرعية - جلسة ١٩٣١/١١/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٠ العدد٧و٨ - ص١٧١ .

ويمكن الإلتجاء إلى المحكمة المدنية فى حالة طلب توقيع الحجز التحفظى الإستحقاقى إستهلالاً للدعوى بطلب تسليم الجهاز ، وعندئذ يتحدد الإختصاص القيمى : بحسب قيمة أعيان الجهاز وفقاً للأصول المدنية فى المرافعات المدنية ، فتكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الإبتدائية على حسب الأحوال .

سادساً – الصلح بين الخصمين :

١٦١– نصت المادة الثامنة عشر من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتية :

« الصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً » .

فإن من أهم واجبات القاضى الشرعى أن يطرح الصلح على الخصوم رعاية لصلاة القربى وحماية الأسرة ورعاية الأولاد .

وقد يشمل الصلح مسائل وأموراً ليست بطبيعتها من إختصاص القاضى الجزئى ، ولكن إجازة الصلح فى هذه الحالة تقوم على أساس أن مثل القاضى فى هذه الحالة كمثل الموثق الذى يحرر العقود بين الناس ويصدق عليها (١) .

وحظر إستئناف الأحكام التى إنتهت بالصلح بين طرفى الخصومة أن هذا الطريق من طرق الطعن لا يكون إلا للأحكام التى تحسم نزاعاً وتفض خصومة ، والمراد من مسلك هذا الطريق هو رفع ظلم حاق بالطاعن ، على حين أن مظنة هذا الظلم قد إندفعت بالرضا بحسم النزاع صلحاً .

ومن ناحية أصول المرافعات الشرعية فقد كانت المادة ٨٢ من اللائحة الشرعية تقرر أن :

« ويراعى بقدر الإمكان فى سماع الدعوى ترتيبها فى قائمتها ويبدأ بالسعى فى الصلح بين الخصوم » لأن الصلح أقطع للنزاع وأحفظ للروابط(٢) .

---

(١) شرح اللائحة الشرعة ، للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ، ص١١٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية .

وقد تناول الإلغاء المادة ٨٢ هذه بمقتضى المادة ١٣ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم فقد تعين الرجوع فى شأن الصلح الذى تجريه المحكمة على أصول المرافعات المدنية إعمالاً لحكم المادة الخامسة من قانون التوحيد ، وهى الأحكام التى تنص عليها المادة ١٠٣ مرافعات جديدة (المقابلة المادة ١٢٤ من قانون المرافعات الملغى) .

فتنص المادة ١٠٣ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦١ أن:

« للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حال كانت عليها الدعوى إثبات ما إتفقوا عليه فى محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم ، فإذا كانوا قد كتبوا ما إتفقوا عليه ألحق الإتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالتين قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام » .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائمًا بوظيفة الفصل فى خصومه لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الإتفاق ، ومن ثم فإن هذا الإتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشيء المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته .

كما قضت (٢) أيضاً بأن محضر الصلح المصدق عليه بالمحكمة لا يخرج عن كونه عقداً قابلاً للتفسير كباقى العقود . فما دام تفسير قاضى الموضوع له مستساغاً فلا معقب عليه فيما يراه فيه .

ويجوز للمحكمة إثبات صلح جزئى بالنسبة لبعض الخصوم أو بالنسبة لبعض الطلبات .

كما أن الجائز أن يدرج فى محضر الصلح كل منازعات الخصوم ولو كانت خارجة عن نطاق الخصومة القائمة أمام المحكمة ولم تتضمنها ،

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٤/٤/١٩ – مجموعة القواعد القانونية (٢٥سنة) جزء ٢ – ص٢٥٠ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٤٩/١/١٠ – المرجع السابق – ص٧٥ .

بشرط ألا تخالف النظام العام وحسن الآداب ، وإلا كان للمحكمة أن تستبعد أى إتفاق يخالف النظام العام وحسن الآداب ، وهى فى قضائها هذا إنما تصدر حكماً (١) .

سابعًا – التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين :

١٦٢– نصت المادة التاسعة عشر من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتية :

« التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين »

فلكل خصم أن ينيب عنه غيره فى المخاصمة سواء قبل مجلس القضاء أو خلال نظر الخصومة بالقيود والضوابط المقررة فى القانون ، وبخاصة أحكام المواد من ٧٢ إلى ٨١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وسوف نتناولها بالدراسة فى الفصل الأول من الباب الثالث من نظرية الدعوى . وأحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة ، والتى سنتناولها فى الفصل المذكور أيضًا ، لأن تلك الأحكام هى القانون الواجب التطبيق بعد أن تناول الإلغاء المواد من ٧٤ إلى ٨١ من اللائحة الشرعية والخاصة بحضور الخصوم ووكلائهم .

ومقتضى نص المادة ١٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ هنا أنه قام نزاع فى شأن الوكالة فى مادة من المواد التى نصت عليها تلك المادة وكان الفصل فيها نهائياً غير قابل للإستئناف . فإن النزاع فى التوكيل يكون بدوره غير قابل للإستئناف ، فيأخذ الفرع فى هذه الحالة حكم الأصل (٢) .

---

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المجلد ١ – ١٩٦٩ – ص٢٨٣ – وأنظر فى الموضوع أيضًا : نظرية الأحكام – للدكتور ابو الوفا – ص٦٨ وما بعدها ، والعقود المسماة – للدكتور محمد كامل مرسى – طبعة ١٩٥٢ – ص٤٦١ – والوسيط جزء ٥ – للدكتور عبد الرازق أحمد السنهورى الصلح.

(٢) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد – المرجع السابق – ص١١٣ .

ثامنًا – شرط النهائيـة أن لا يكون هناك نزاع فى سبب الحق المدعى بـه :

١٦٣– وإختتمت المادة الخامسة من اللائحة الشرعية بالفقرة التالية:

« وذلك كله إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به » .

وقد حدا إلى إيراد هذه الفقرة – كما تقول المذكرة الإيضاحية (١) . بحق – أن الحوادث دلت على أنه قد ترفع دعوى بنفقة زوجية ويحكم فيها بما دون النصاب النهائى ويكون هناك نزاع بين المتداعيين فى الزوجية فيكون هذا الحكم إبتدائياً بالنظر إلى النزاع فى الزوجية وإنتهائياً بالنظر إلى النفقة المحكوم بها ، وقد تقرر محكمة الإستئناف رفض دعوى الزوجية ولا تستطيع أن تمس الحكم فيما يختص بالنفقة ، ويترتب على ذلك إضطراب وإشكال ، لذلك رؤى تدارك هذه الحالة بالنص على أن الأحكام الصادرة بالتطبيق للمادة الخامسة الجديدة لا تكون نهائية إلا إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق الذى جرى فيه التداعى بين الخصمين كالزوجية والبنوة فى دعوى نفقة الزوجة أو الصغير ، فإذا كان هناك نزاع فيه ، فإنه يستأنف بجميع مشتملاته .

فإستئناف الحكم الصادر فى دعوى النفقة للزوجة يقبل ، سواء كان نصابها مما يستأنف أم مما لا يستأنف متى كانت الزوجية منكرة ، لأن النزاع فى الواقع إنما هو فى حصول الزوجية عن عدمه (٢) .

كما يقبل إستئناف الحكم الصادر فى دعوى النفقة والمهر مهما كانت قيمتها متى كان هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به ، ويعتبر من هذا القبيل النزاع فى الدخول أو الخلوة (٣) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية اللائحة الشرعية .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١٠/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢– ص٤٤٨ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٣/٢٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٤ – ص٤٣٧ .

المطلب الثانى

الإختصاص الإبتدائى للمحكمة الجزئية الشرعية

١٦٤– تقضى المادة ٦ من اللائحة الشرعية بأن :

« تختص المحاكم المذكورة (أى المحاكم الجزئية الشرعية) بالحكم الإبتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية :

حق الحضانة والحفظ .

إنتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد أخر .

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا زاد ما يطلب الحكم به من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع من النصاب المبين فى المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك .

الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير إذا كان مجموع الزائد والأصل اكثر من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع أو أكثر من ثلاثمائة قرشًا فى مجموع الطلبات .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش .

النفقات بين الأقارب :

المهر والجهاز إذا زاد المستحق للطالب على ألفى قرش أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش .

دعوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على عشرين ألف قرش .

دعوى النسب فى غير الوقف .

الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق .

الطلاق والخلع والمبارأة .

الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .

وتكون أحكام النفقات المذكورة فى هذه المادة نافذة مؤقتًا ولو مع حصول المعارضة أو الإستئناف » .

أولاً – حق الحضانة والحفظ :

١٦٥– سبق أن عرفنا بالحضانة وذكرنا أحكامها وشروطها والحقوق التى تتنازعها عند الكلام فى أجرة الحضانة بإعتبارها نوعاً من نفقة الصغير وذلك على التفصيل الذى أوردناه فى المطلب الأول الخاص بالإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية الشرعية (١) ، وخلصنا فيها إلى أن الحضانة عمل، وأن فيها حقوقًا ثلاثة : حق الصغير ، وحق الحاضنة ، وحق الأب . فإذا إجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فحق الصغير مقدم على حقها ، لأن مدار الحضانة على نفع الولد .

والحضانة حق للأم ثم لمحارم الصغير من النساء يتقدم فيها الأقرب فالذى يليه ، فأحقهن الأم ثم أم الأم ثم أم الأب ، ومن الشروط الواجب توافرها فى الحاضنة ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه ، لأنها تكون قد أسكنته عند أجنبى عنه (٢) ، ويسقط حينئذ حقها فى الحضانة ، وأن الصحيح فى المذهب الحنفى أن الحضانة حق للحاضنة وللطفل ، ويترتب على ذلك أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها فى الحضانة وجعل ذلك أساساً فى الصلح فإنه يكون باطلاً ، لأنه يكون صلحاً على ما لا تملك وهو حق غيرها (٣) . .

وقد أوجز الأستاذ محمد قدرى باشا فى كتابه (الأحكام الشرعية فى

---

(١) راجع ما جاء بالفقرات ١٢٣ حتى ١١٤ من هذا المؤلف .

(٢) بلقاس الجزئية – جلسة ١٩٧١/٩/٢١– القضية رقم ١٧٠ سنة ١٩٧٠ احوال .

(٣) الأحوال الشخصية – لأستاذنا فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة – ص٤٠٥و٤٠٧و٤١٢ .

الأحوال الشخصية (١) شروط الحاضنة بأن تكون :

حرة – بالغة – عاقلة – أمينة – لا يضيع الولد عندها بإشتغالها عنه – قادرة على تربيته وصيانته – أن لا تكون مرتدة – أن لا تكون متزوجة بغير محرم للصغير – وأن تمسكه فى بيت المبغضين له ،ولا فرق فى ذلك كله بين الأم وغيرها من الحاضنات .

والفرق بين حق الحضانة وأجرة الحضانة من حيث قابلية الحكم الصادر فى كل منهما للإستئناف هو أن الحكم الصادر فى دعوى الحضانة برفضها أو بقبولها أياً كان النزاع الدائر فيها سواء منه ما كان حول سن المحضون أو شروط الحضون والحاضن ، فإن الحكم الذى يصدر فيها يكون إبتدائياً دائماً (أى قابلاً للاستئناف) وذلك حتى يتمحض الحق بإعادة النظر فيه إذا إقتضى الحال (٢) ، وفقاً لنص المادة ٦ من اللائحة الشرعية .

أما أجرة الحضانة فهى بإعتبارها نوعاً من نفقة الصغير وعنصراً من عناصرها فإن قابلية الحكم الصادر فيها للاستئناف أو نهائيته منوط بالضوابط التى حددتها المادة الخامسة من اللائحة الشرعية ، فإذا إنفرد الطلب بها وكان محدد المقدار ، فإن الحكم الصادر فيه يكون قابلاً للإستئناف إذا كان ما طلب أكثر من مائة قرشاً فى الشهر ، ونهائياً إذا كان مائة قرشاً فأقل شهرياً ، وإذا كان الطلب غير معين فإن الحكم فيه يكون قابلاً للإستئناف إذا كان ما قضى به أكثر من مائة قرشاً فى الشهر ونهائياً إذا كان مائة قرشاً فأقل شهرياً – أما إذا إجتمعت أجرة الحضانة مع غيرها من أنواع نفقة الصغير فإن الحكم يكون إبتدائياً وقابلاً للاستئناف إذا كان مجموع ما حكم به أو طلب الحكم به يزيد على ثلثمائة قرش فى الشهر ، ويكون الحكم نهائيًا إذا كان مجموع ما طلب أو حكم به ثلاثمائة قرشًا فأقل فى الشهر ، وذلك كله على التفصيل السابق (٣) .

---

(١) م٣٨٢ ص٦٥ – المطبعة الهندية – ١٩١٧ .

(٢) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد – س١٠٤ .

(٣) راجع الفقرة ١٢٢ من هذا المؤلف .

أما بالنسبة لحق الحفظ فإنما يظهر إذا قام التزاحم بين أقارب الصغير ، كل يريد حفظه عنده ، والفصل فى ذلك إنما يعتمد على المبادىء والأصول الشرعية التى تحدد ترتيب الحاضنات ، ويحدث هذا النزاع عادة بعد إنقضاء مدة الحضانة أو سقوط حق الحاضنة فى الحضانة بأى سبب من الأسباب المسقطة .

والحكم الصادر فى الحضانة أو الحفظ يصدر دائماً من المحكمة الجزئية الشرعية (دائرة الأحوال الشخصية الولاية على النفس بالمحكمة الجزئية الآن بعد صدور قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ويكون قابلاً للاستئناف دائماً عملاً بالمادة ٦ من اللائحة الشرعية .

ثانياً – إنتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر :

١٦٦– إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير كجدته لأمه أو لأبيه أو كالأخت أو الخالة ، فليس لأى منهم الإنتقال بالصغير أو الصغيرة إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ، بحيث إذا إنتقلت أجبرت على العودة إلى محل الحضانة.

أما إذا كانت الحاضنة أم الصغير ، فإن لها حالات ثلاثة :

١– أن تكون الزوجية قائمة بينها وبين والد الصغير الذى فى حضانتها .

٢– أن تكوم مطلقة ، ولكن ما تزال فى العدة .

٣– أن تكون مطلقة وإنقضت عدتها .

ففى الحالة الأولى لا تملك الزوجة الانتقال من مسكن الحضانة ، لأن مبارحتها لمسكن الزوجية بغير إذن الزوج نشوزاً عن طاعته .

وفى الحالة الثانية فليس للمعتدة أن تبرح مسكن العدة حتى تنقضى عدتها إلا بعذر مبيح للخروج منه ، لأن خروجها إعتداء على حق الشرع وحق المطلق على سواء . قال تعالى وهو أصدق القائلين : « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة وإتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

غير أنه يجوز لها الانتقال إلى بلدها الأصلى بعد إنقضاء العدة بغير إذن

مطلقـها لأن فى ذلك مـصلحـتـها ومـصلحـة الصـغـير ، ولـكى تكون تحت إشراف أهلها ورعايتهم ورقابتهم .

والحكمة فى عدم جواز الإنتقال بالصـغير إلى مكان بعيد أن يكون الولد فى رعاية أبيه وإشرافه عليه ، كما يكون فى حضانة أمه على سواء .

فإذا إنتـقلت الأم فـى غيـر هذه الحالات إلى مكان بعـيـد أجبـرت على العودة بالصغير .

وقد حـدد الأستـاذ قدرى بـاشا (١) أحكام إنتـقال الحضـانة بالصـغير فى المواد ٣٩٢و٣٩٣و٣٩٤ .

فنصت المادة ٣٩٢ على أنه :

« يمنـع الأب من إخــراج الولد من بلـد أمــه بـلا رضــاها مــا دام فى حضانتها.

فإذا أخذ المطلق ولده منها لتزوجها بأجنبى وعدم وجود من ينتقل إليها حق الحضـانة جاز له أن يسـافر به إلى أن يعـود حق أمه أو من يقوم مـقامـها فى الحضانة » .

ونصت المادة ٣٩٣ على أنه :

« ليس لـلأم المطلقـة أن تسـافـر بالولد الحـاضنة لـه من بلد أبيـه قـبل إنقضاء العدة مطلقاً » .

ولا يجوز لها بعد إنقضائها أن تسافر به من غير إذن أبيه من مصـر إلى مـصر بينـهمـا تفاوت ولا من قرية إلى مـصـر كذلك ولا من قـرية إلى قـرية بعيدة إلا إذا كان ما تنتقل إليه وطناً لها وقد عقد عليها فيه .

فإذا كان كذلك فلها الإنتقال بالولد من غير رضا أبيه ولو كان بعيداً عن محل إقامته .

فإن كـان وطنها ولـم يعـقد عليـها فيـه أو عقـد عليـها فيه ولـم يكـن وطنها فليس لهـا أن تسـافـر إليـه بـالولد بغـيـر إذن أبيـه إلا إذا كـان قـريبًا من مـحل

---

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشـخصية – للأستاذ محمد قدرى باشا – ص٩٨ .

إقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع إلى منزله قبل الليل .وأما الانتقال بالولد فى مصر إلى قرية فلا تمكن منه الأم . بغير إذن الزوج ولو كانت القرية ما لم تكن وطنها وقد عقد عليها فيه » .

ونصت المادة ٣٩٤ على أنه :

« غير الأم من الحاضنات لا يقدر بأى حال أن تنقل الولد من محل حضانته إلا بإذنه » .

وطبقًا للمادة السادسة من اللائحة الشرعية يكون الحكم فى المنازعات الناشئة عن الإنتقال بالصغير قابلاً للاستئناف .

ثالثًا – نفقة الزوجة ونفقة الصغير :

١٦٧– ذكرنا (١) أن الحكم فى نفقة الزوجة ونفقة الصغير يكون نهائيًا – فى مفهوم المادة الخامسة من اللائحة الشرعية – إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين ، وبشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو الصغير على ثلاثمائة قرش فى الشهر – وقد فصلنا فيما سبق – وفى نطاق أصول المرافعات الشرعية أحكام نفقة الزوجة والصغير وأنواعها .

وتختص المحكمة الجزئية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المنازعات المتعلقة بنفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما إذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على النصاب المبين فى المادة الخامسة من اللائحة الشرعية (أى ما يزيد على مائة قرش فى الشهر فى كل نوع بحد أقصى قدره ثلثمائة قرش فى الشهر بالنسبة لمجموع ما يطلب أو يحكم به) ، كما يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا حكم بأكثر من مائة قرش شهرياً فى كل نوع أو أكثر من ثلاثة جنيهات شهرياً بالنسبة لمجموع ما يطلب به ، وذلك وفقًا للمادة السادسة .

فإذا ذكرت الزوجة فى دعواها بالنفقة على زوجها أن نفقة مثلها

---

(١) راجع بنده ١٦٥ وما بعدها من هذا المؤلف .

خمسة جنيهات مثلاً ولكنها طلبت الحكم بنفقة طعام وكسوة ومسكن ، ولم تعين مقدار ما تطلب الحكم به ، كان المعتبر فى كون هذا الحكم نهائياً أو إبتدائياً هو ما يحكم به ، ولا إعتبار لما ذكرته على سبيل الحكاية من أن نفقة المثل كذا حيث لم تطلب الحكم به (١) .

وإذا طلب أمام محكمة أول درجة الفصل فى الدعوى على أساس ما قدم من أوراق يعتبر عدولاً عن الطلبات المدونة بعريضة الدعوى وتفويضاً للمحكمة فى الرأى يمتنع معه قبول الإستئناف (٢) .

ما يسقط دين النفقة:

١٦٨- المستقر فى الأصول الشرعية أن دين النفقة لا يسقط إلا فى حالات ثلاثة (٣) .

١- نشوز الزوجة ، لأن سبب وجوب النفقة هو الإحتباس فى مسكن الزوج محافظة على النسب من الإشتباه ، والنشوز مانع من تحققه.

٢- وفاة الزوجة المحكوم لها بالنفقة ، أو وفاة الزوجين معاً ، ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى .

٣- أن يكون طلاق الزوجة بسبب راجع إليها كسوء سلوكها وسوء أخلاقها ، فلا يتصور أن تجنى الفاسقة ثمار سقطتها بإستيفاء حقها على الزوج ، بل يتعين ضياع الواجب عليه لها ، فمن ضبطت تخفى رجلاً فى

---

(١) بنى سويف الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١٢/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص٩١٧ .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٦/٥/٢١ - المحاماة الشرعية - السنة ٩- ص٢٤٩ .

(٣) ينظر فى الأصول الشرعية لما يسقط به دين النفقة : الدر المختار وحاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص٦٧٧ ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد أبوزهرة - طبعة ١٩٥٧ - ص٢٧٠ - ، وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف موسى - طبعة ١٩٥٦ - ص٢٣٢ ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - طبعة ١٩٦٥ - ص٣٠٤ ، وشرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى - جزء ١ - طبعة ١٩١١ - ص٢٧٦ .

دولاب الغسيل متخفياً فى زى النساء ، هى فاسقة خائنة لزوجها ، ويسقط معها دين نفقتها عليه (١) .

رابعًا : الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير :

١٦٩- نصت المادة السادسة من اللائحة الشرعية على أن المحاكم الجزئية الشرعية تختص بالحكم الإبتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية :

« .. الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير إذا كان مجموع الزائد والأصل أكثر من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع من ثلثمائة قرش فى مجموع الطلبات » .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية فى خصوص هذه الفقرة من المادة السادسة أنه :

« كانت أحكام الزيادة فى النفقات تعتبر كأحكام النفقات إبتداء من حيث جواز الإستئناف وعدمه ، وذلك غير صحيح لأن القصد من طلب الزيادة إعادة النظر فى تقدير النفقة لطروء سبب يقتضيها ، فلا يصح النظر إلى حكم الزيادة مستقلاً عن المقدار السابق ، بل ينظر إليهما معًا ، فإن تجاوز مجموع الأصل والزيادة حد النصاب النهائى يستأنف حكم الزيادة فقط وإن لم يتجاوزه يكون حكم الزيادة غير قابل للإستئناف » .

والمستقر فى الأصول الشرعية أن طلب زيادة النفقة لا يجوز إسناده إلى تاريخ حصول يسار الملتزم بالنفقة ، أوجب للزيادة ، مادامت لم تطلب فور تحقيق سببها ، ومن ثم الزيادة لا تستحق إلا من تاريخ المخاصمة والحكم فى الدعوى (٢) .

---

(١) دمياط الإبتدائية - جلسة ١٩٧٥/٦/٢١ - القضية ١ سنة ١٩٧٤ احوال نفس مستأنف .

(٢) مصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤١/٢/٣ - مستأنف - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - ص٨٥ ، وإدفوالشرعية - جلسة ١٩٤٤/١٠/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٤٦ - ص٧٤ ، وبنى سويف الكلية - جلسة ٨/ ١٠/ ١٩٤١ - مستأنف -- المرجع السابق - السنة ١٥- ص٢٠٩ ، وتنوير الأبصار ، والدر المختار ، وابن عابدين - جزء ٢ - ص٦٦٩ حتى ص٦٧٥ ، وحاشيته - جزء - باب النفقة

خامساً – النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى:

١٧٠ – نصت المادة السادسة من اللائحة الشرعية على أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (قابلاً للإستئناف) فى المنازعات فى المواد الآتية :

« النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش » .

وقد سبق القول – فى تحديد النصاب النهائى للمحكمة الجزئية الشرعية – أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية فى النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى يكون نهائياً إذا لم يزد مجموع ما يطلب على ألفى قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين .

فإذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش من النفقة عن مدة سابقة فإن الحكم يكون إبتدائياً قابلاً للإستئناف .

سادساً – الأصول الشرعية فى النفقات بين الأقارب:

١٧١ – ونصت المادة السادسة من اللائحة الشرعية بأن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائيًا (أى قابلاً للإستئناف) إذا كان صادراً فى النفقات بين الأقارب .

تجب النفقة كما تجب بالزوجية . وإن إختلف الأساس الشرعى لكل منهما ، فنفقة الأقارب تجب لدفع حاجة القريب الفقير العاجز (١) ، بينما نفقة الزوجية من أجل إحتباس الزوجة لحق زوجها ، ولهذا تجب للزوجة ولو كانت موسرة بعكس نفقة الأقارب .

وتسقط نفقة الأقارب بمضى المدة ما لم تكن مستدانة بإذن من وجبت

---

(١) يراجع فى نفقة الأقارب : الأحوال الشخصية ، للدكتور عبد العزيز عامر ، ص٤٣١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية – للمستشار محمد الدجوى – ص٤٠٢ وما بعدها ، وحقوق الأولاد والأقارب ، للأستاذ محمد الحسينى حنفى ، ص٢٣٧ وما بعدها ، المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين ، للقاضى أنور العمروسى ، ص٣٢٧ وما بعدها .

عليه أو بإذن القاضى ، فإذا مضت مدة شهر فأكثر بدون أن يأخذ المستحق لنفقة الأقارب النفقة ، سقطت نفقة المدة السابقة ، ولا تصير ديناً على المحكوم عليه إلا إذا كان المحكوم له مأذوناً بالإستدانة وإستدان فعلاً ، وإذا كانت المدة الماضية أقل من شهر ، فلا تسقط النفقة فيها ، لأن هذه المدة (الشهر) لازمة حتى يتمكن من المطالبة بالنفقة .

وتجب نفقة الأقارب للمأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ذلك أن أساس وجوب هذه النفقة الكفاية ، والكفاية تتعلق بهذه الأشياء .

وإختلف فى إعتبار أجر الطبيب وثمن الدواء ، والراجح أنهما تدخل فى الكفاية .

فإذا كان لمدعية النفقة إيراد يكفيها تعين رفض دعواها (١) .

ويلاحظ ظروف العرف فى الزمان والمكان والحالة الاقتصادية ، وحالة المنفق وما يفضل عن حاجته وحاجة من تلزمه حاجتهم .

والأصل الشرعى أن نفقة الإنسان – كما يذهب الفقه – فى ماله إن كان، وإلا فعلى قريبه الموسر (٢) .

فإذا كان من تجب عليه النفقة واحداً وجبت عليه وحده . أما إذا تعددوا ، فإن المقرر أن النفقة فى قرابة الرحم المحرم عدا قرابة الأولاد تجب على من يرثون مستحق النفقة ، قال تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فالإرث مرجح فى وجوب نفقة الفرع على الأصل فى بعض الأحوال ، ولم يعتبر مرجحاً ، ولم يعتبر مرجحًا فى وجوب نفقة الأصل على الفرع غى أى حال من الأحوال .

إذا إجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أصل وفرع كانت النفقة على الفرع دون الأصل ، فلو أن للأم الفقيرة أباً موسراً وبنت موسرة ، كانت

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤١/١٢/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١٣ – العدد ٤و٥و٦ – ص٥٧ .

(٢) المنشية الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٦/٢ – المرجع السابق – السنة ٢١ – العدد ٧و٨ – ص٣٨٦ .

النفقة على البنت دون الأب ، لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد ، وإذا إجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أصول وحواشى وكان أحد الصنفين وارثاً والآخر وارث ، وجبت النفقة على الأصول ولو كانوا غير وارثين ،فإذا كان للصغير المطلوب له النفقة جد لأم موسر وأخت شقيقة موسرة ، كانت النفقة على الجد دون الأخت ترجيحاً للجزئية ولو أن الوارث غيره (١).

أما إذا إجتمع فى المسئول عن نفقة القريب أصول وحواشى ، كانت النفقة مقسمة بينهم حسب نصيب كل منهم فى الميراث ، فإذا كان الأصل فقيراً إنتقل الإلتزام بكل النفقة إلى الحاشية (٢) فإذا كان للصغير جزء من منزل يسكن فيه ، فإن نفقته لا تكون فى هذا المال ، وإنما تجب على المسئول شرعاً عن أدائها كما أن المقرر أن نفقة القريب على قريبه إنما تقوم فقط على دفع الحاجة حتى ولو كان المسئول عن أدائها ثرى ثراءاً عظيماً .

كما أن المقرر شرعًا أن نفقة الأصل الفقير العاجز عن الكسب على فرعه الموسر الذى يفيض عن كسبه ما يفى بحاجته ، مصداقًا لقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » (٣) .

وإذا وجد للقريب الفقير الذى يستحق النفقة على غيره أصول وفروع موسرون فنفقته واجبة على أقربهم درجة سواء أكان وارثاً أم غير وارث إلا إذا وجد معهم إبن أو بنت فإن النفقة للأبوين واجبة على الموجود منهما لا يشاركه فيها أحد لقوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » .

أما إذا كان للقريب المستحق النفقة على غيره أقارب من الأصول والحواشى فتجب النفقة عليهم جميعاً بنسبة الإرث إن كانوا جميعاً وارثين.

---

(١) ميت غمر – جلسة ١٩٥٢/١١/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد٤و٥و٧ – ص٢٧٨ والمؤيد إستئنافياً بجلسة ١٩٥٣/٢/١٢ .

(٢) دمياط الكلية الشرعية – الدائرة الأولى – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ القضية ١٢٨– سنة ١٩٧٤ س أحوال شخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١٩٦١ – ص٤٨١ وما بعدها .

(٣) دمياط الكلية الشرعية – الدائرة الأولى – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ القضية ٦٦ سنة ١٩٧٤ س أحوال .

وإن كان أحد الصنفين غير وارث فتجب النفقة على الأصول فقط وإن كانوا غير وارثين .

وإذا وجد للقريب المستحق للنفقة على غيره أقارب من الفروع والحواشى ، فلا عبرة بوجود الحواشى ولو كانوا وارثين ، لأن نفقة الأصل على الفرع .

فإذا كان الموجود من الحواشى فتجب النفقة على الوارثين منهم للفقير العاجز عن الكسب بنسبة إرثهم ، ولا تجب على غير الوارثين منهم ، عملاً بقاعدة : « الغرم بالغنم » .

ويشترط لوجوب النفقة بين الحواشى : إتحاد الدين ، لأن مبنى وجوب النفقة بين الحواشى الإرث – وأن يكون المنفق موسراً ، ولا يكفى أن يكون قادراً على الكسب ، لأن مناط وجوب النفقة عليه أن يكون من فائض كسبه ونفقة عياله ما يكفى لسد حاجته – وأن يكون المنفق عليه عاجزاً عن الكسب فقيراً .

إن تفاوت أولاد المطلوب فرض النفقة لها عليهم فى اليسار يقتضى مراعاة هذا التفاوت بينهم فيما يحكم به من النفقة كل بنسبة يساره ، أما إذا كان التفاوت يسيراً فالنفقة عليهم على السوية (١) .

لا يصح فرض النفقة على القريب إلا إذا زاد ما يملك عن كفايته (٢) .

الإذن بالإستدانة قاصر على تاريخ الحكم به ، وأن نفقة الأصول المفروضة تسقط بمضى أشهر فأكثر إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضى (٣) .

لا يجاب طلب النفقة من العم إذا كان للمطلوب لها النفقة أخ شقيق قادر

---

(١) بنى سويف الشرعية – جلسة ١٩٣٥/١١/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ١ – ص٧٤ .

(٢) المنيا الشرعية – جلسة ١٩٣٥/١١/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١ – ص٧٤ .

(٣) بنى سويف الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٣٨/١٠/٢٣ ، المرجع السابق ، السنة ١٠ – ص٢١٩ .

على الكسب ويكسب بالفعل (١) .

لا يمنع إمتلاك الصغير حصة فى منزل تفيض عن سكناه بما لا يكفى لنفقته وكسوته من فرض تكملة نفقته (٢) .

وصول الطالب إلى مرحلة من مراحل التعليم دون نهايته العليا لا يمنع من وجوب النفقة له متى كان مستمراً فى التعليم وناجحاً فيه ، وكانت حياة من تجب عليه النفقة تسمح بالإنفاق ولو كان يمكنه المعيشة بالقدر الذى تعلمه (٣) .

إن ثمن الكتب المدرسية واجبة على من تجب عليه النفقة ، وخاصة إذا كان الطالب فى المرحلة النهائية من التعليم ، ويعمل بالفواتير المقدمة من المكتبة التى صرفت الكتب ، خاصة إذا إعتادت تلك المكتبة صرف الكتب للمدعى وكان موثوقًا بها ، ولا يشترط فى طلب ثمن الكتب المدرسية أن يكون المدعى مأذوناً بالإستدانة بثمنها فى حكم نفقة على المحكوم على ، وما كان يصح لمثل المدعى عليه وهو والد للمدعيين أن يسلك منهما هذا المسلك والمفروض فى مثله أن يكون شفيقاً عليهما رحيمًا بهما ، وخاصة بعد أن بلغ كل منهما هذه المرحلة من التعليم والسن وهما فى حاجة شديدة إلى ما يصرفاه فى التقاضى ومخاصمته للحصول على قوتهما وثمن كتبهما ، وكان اللازم أن يكون والدهما مساعداً لهما معيناً بأمرهما مهتمًا بشئونهما حتى يتم كل منهما دراسته ويستقبل الحياة العملية بعد

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٨/٤/٣ – المرجع السابق – السنة ١٠ – ص٩١٣ .

(٢) بنى سويف الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣١/١١/٩ – المرجع السابق – السنة ٣ – ص٨٤٨ .

(٣) كرموز الشرعية – جلسة ١٩٢٢/١١/١٠ – المرجع السابق – السنة ٣ – ص٤٦١ ، ذلك انه يجب على الأب الإنفاق على ولده المجد فى تعليمه ولا يجاب إلى منع النفقة عنه لحصوله على شهادة متوسطة – المصلحة الخاصة ومقدمة عليها (السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٢/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد٧و٨و٩و١٠ – ص٣٨٦ .

ذلك بنفس راضية وعزيمة صادقة وقلب مطمئن (١) .

طالب العلم الذى يدرس الهندسة البحرية يتعلم ما ينفعه وينفع أمته ، فتجب نفقته ومصاريف تعليمه على والده ، ويلحق بمصاريف المدرسة ما تقرره المدارس من ملابس خاصة أثناء العمل بالمدرسة ويعتبر ذلك كأداة من الأدوات المدرسية خلاف كسوته ، ومتى إندفعت حاجة طالب العلم إلى بعض الأقساط المدرسية فلا يحكم له بتلك الأقساط التى تسددت (٢) .

إذا إجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أم وجد الأب وعصبة كإخوة وأعمام ، كانت النفقة على الجد للأب وحده ، لأن الجد يحجب الأخ وإبنه والعم ، لتنزيله منزلة الأب والأب لو كان موجوداً حقيقة لا يشاركه فى نفقة أولاده فكذا إن كان موجوداً حكماً (٣) .

إذا إجتمع الجد لأب مع الأم الموسرة بدون أخ فالنفقة عليهما أثلاثاً – أما إذا كان مع الجد أخ فإن النفقة تكون على الجد لتنزيله منزلة الأب فى حجب الأخ .

والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالميراث وإن كان قد حصل الجد فى منزلة الأخ ، إلا أن هذا إستثناء من العمل بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ولا يتوسع فى الاستثناء بل يقتصر فيه على موضع النص (٤) .

ويقول العلامة ابن عابدين فى (حاشية رد المحتار على الدر المختار) فى القسم السادس من نفقة الفروع والأصول ، أنه : « ولو وجد معها (أى مع أم الصغار) جد الأب ، فإن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبى أو إبن أخ أو عم،

---

(١) مصر الجديدة الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٧/٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – العدد ٤و٥و٦ – ص٢٠٥ ، وقد تأيد إستئنافياً بجلسة ١٩٥٤/١٢/٥ .

(٢) السويس الشرعية – جلسة ١٩٣٨/٢/٢٧ – المحاماة الشرعية – السنة ١٧ – العدد ٨و٩و١٠ – ص٢٩٢ .

(٣) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/١٠/٦ – المرجع السابق – السنة ٩ – ص٢٤٩ .

(٤) تلا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٩/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ٤و٥و٦ – ص٢٦٥ والمؤيد إستئنافياً .

كانت النفقة على الجد وحده ، كما يصرح به فى (الحاشية) ، ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وإبنه والعم لتنزيله منزلة الأب ، وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب ، صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة ، وإذا كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة فتجب على الجد فقط » – لما كان ذلك ، وكان المطلوب هو نفقة الكفاية ، وأنه لا مانع من إجابة طلب الإذن بالإستدانة بالنسبة للنفقة لأنها نفقة أقارب تسقط بمضى شهر فأكثر . أما استحسان (الزيلعى) إلحاق نفقة الصغير بنفقة الزوجة المفروضة فى عدم السقوط بمضى المدة ، فخاص بما إذا كان الفرض على الأب ذاته ، إذ الاستحسان الفقهى إستثناء من أصل المذهب فلا يتوسع فيه ، وأصل المذهب سقوط النفقة بمضى شهر فأكثر ، إلا المفروضة للزوجة أوالمأذون بإستدانتها (١) .

الحكم فى دعوى نفقات الأقارب يكون ابتدائياً قابلاً للاستئناف دائمًا مهما قل مقدار المحكوم به منها .

إن نفقة الصغير على غير الأب من نفقات الأقارب ، فيكون الحكم بها قابلاً للاستئناف مهما كان المقدار المحكوم به أو المطلوب الحكم به (٢) .

إن فرض نفقة الأقارب صلحاً مع يسار المفروض له النفقة يعتبر من قبيل إلزام مالا يلزم ، وللملتزم حق الرجوع عنه متى شاء ولا يعتبر ذلك طعنًا فى الحكم من غير طريقه إذا رفع الملتزم دعواه بالمنع من المطالبة بالمفروض صلحاً (٣) .

إن النفقة المحكوم بها لقريب على قريبه نفقة كفاية تتجدد بحاجة

---

(١) طهطا الشرعية – جلسة ١٩٥٤/١٠/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – العدد١و٢و٣ – ص١١٧.

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤٢/٧/٢٧ – المرجع السبق – السنة ١٤ – ص٥٤ .

(٣) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٣/٢٦ – المجموعة الرسمية – السنة ٥٢ – العدد ١و٢ – ص٥٧ ، وزفتى الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٣/٢٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد١و٢و٣ – ص١٤٠ .

الفقير المحكوم له دون نظر إلى مدى يسار المحكوم عليه (١) .

إن نفقة الأخ العاجز عن الكسب تجب على أخته شرعًا متى كانت موسرة ونفقة القريب على قريبه تكون بقدر الكفاية ونفقة الكفاية تختلف بإختلاف الناس كما تختلف بإختلاف البيئة والأسرة (٢) .

إذا كانت النفقة محكومًا بها على ثلاثة بالسوية بينهم فإن الإلتزام يكون قابلاً للانقسام بينهم ، فإذا غاب أحدهم فى جلسة فى الإستئناف حكم بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن بالنسبة له عملاً بالمادة ٣١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (٣) .

إن القريبة المحكوم لها بالنفقة إذا إستدانت هذه النفقة ومضى عليها أكثر من الشهر الذى نص الفقه على عدم جواز المطالبة بنفقة الأقارب بعده فتكون هذه النفقة قد سقطت ولا يستجد لها نفقة جديدة إذا توفيت (٤) .

ونفقة القريب الفقير إنما تجب على قريبه لدفع الحاجة وسد الرمق لا ليعيش عيشة واسعة رغيدة ، فإن كان قريب أقرب يمكنه أن يسد حاجته الضرورية فلا يجوز له أن يتطلع إلى نعمة القريب البعيد بواسطة التقاضى والخصومة (٥) .

هذا ،والحكم الصادر فى نفقة الأقارب يكون إبتدائياً أى قابلاً للاستئناف مهما بلغت قيمة الطلب أو المحكوم به ، وذلك لأن النص عليها جاء مطلقًا غير محدد بنصاب معين ، خلافاً لما كان النص عليه بالنسبة لنفقة الزوجة

---

(١) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٠/٥/٢٠ – القضية ٢٢٠٧ – سنة ١٩٥٦ أحوال شخصية نفس .

(٢) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٦/١٢/٢١ – القضية ٣٤ سنة ١٩٥٦ أحوال نفس.

(٣) دمنهور الإبتدائية – جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ – القضية رقم ٢١ سنة ١٩٥٧ – أحوال س نفس .

(٤) الأسكندرية الإبتدائية – جلسة ١٩٥٧/١٢/١٢ – القضية ٥٣٤ سنة ١٩٥٦ أحوال نفس .

(٥) الجمرك الجزئية – جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ – القضية ١٢٥ سنة ١٩٥٨ أحوال نفس .
والأحكام سالفة الذكر منشورة فى كتاب : المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين – للأستاذ صالح حنفى – جزء ٢ ٠

ونفقة الصغير ، ومرد ذلك أن الدعاوى الخاصة بنفقات الأقارب تحتاج إلى دراسة شاملة للأحكام الشرعية فى هذا الشأن وهى متشعبة ودقيقة ، والمصلحة العامة فى أن لا ينفرد القاضى الجزئى بالحكم فيها إنتهائياً .

وتقدير الإبن لأبيه نفقة بعينها على نفسه تقدير لما يجب ، فلا يكون ملزماً شرعاً ، لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، ويشترط فى نفقة الأصل على فرعه الموسر ، الإعسار ، فلا يستحق النفقة من كان غنياً بكسبه ، ولا يوثر فى ذلك تقدير الفرع النفقة ، لأن دوام حكم غير اللازم كإبتدائية (١) .

وتثبيت حالة المدعى من حيث الحاجة والعجز وعدم الكسب ويسار المدعى عليه وما يفيض عن كسبه لنفقته وعياله وغير ذلك من العناصر بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود (البينة الشرعية) .

سابعًا – المهر والجهاز :

١٧٢– نصت المادة ٦ من اللائحة الشرعية على أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (قابل للاستئناف) فى المنازعات فى المواد الآتية :

« .. المهر والجهاز إذا زاد المستحق للطلب على ألفى قرش أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش » .

وقد سبق أن تناولنا – فى بحث إنتهائية حكم المحكمة الجزئية الشرعية– أحكام المهر والجهاز فى نطاق أصول المرافعات الشرعية ، وذلك تنفيذاً للمادة الخاصة من اللائحة الشرعية .

وفى تطبيق المادة ٦ من اللائحة الشرعية يكون الحكم الصادر من المحكمة الجزئية الشرعية فى المنازعات المتعلقة بالمهر أو الجهز إبتدائياً (أى قابلاً للاستئناف) إذا زاد المستحق للمدعى على ٢٠ جنيهاً ، أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على ١٠٠ جنيه .

---

(١) قويسنا الشرعية – جلسة ١١/١/١٩٥٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد٧و٨ – ص٤٢٨ .

ثامنًا – دعوى الإرث :

١٧٣– وتقضى المادة ٦ من اللائحة الشرعية بأن حكم المحكمة الجزئية الشرعية الصادر فى دعوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠ جنيه يكون إبتدائيًا أى قابلاً للاستئناف .

يكفى فى دعوى الوفاة والوراثة الإدعاء بالمال ولا يلزم التحقق من وجوده ، وهل تصرف فيه المتوفى قبل وفاته أم لا ، فمحل هذه الدعوى المدنية بالمال ، المتوقفة على دعوى الصفة بإثبات الوفاة والوراثة (١) .

دعوى الوراثة وإن كان ذكر المال شرطًا لتصحيحها شكلاً ، إلا أن للمدعى فيها الحق فى إثبات صفته وهى الوراثة ثم إثبات المال ولا تأثير لإقرار المدعى عليه بالمال أو إنكاره على أحقية المدعى فى إثبات صفته (٢) .

إقامة أحد الورثة المدعى عليهم فى دائرة المحكمة المرفوعة إليها دعوى الوراثة يجعلها مختصة بالنظر فيها لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين (٣) .

إذا ثبتت بنوة المدعى لأب غير الذى يدعى وفاته وبنوته له بأوراق رسمية كان هذا كافيًا لرفض دعواه الوفاة والوراثة (٤) .

سبق إقرار المتوفى كتابة بنوة مدعى الإرث بسبب البنوة مانع من سماع دعوى إنكارها ، لأن النسب متى ثبت لا ينقض (٥) .

المنصوص عليه شرعًا أن الوالد يتبع خير الأبوين دينًا ولا يحتاج بعد البلوغ إلى تجديد إسلامه ، وعلى هذا فلا يرث من أسلمت أمه وهو صغير

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٨/١١/٢٩ – المحاماة الشرعية – ١٠ – ص٨٩٨ .

(٢) المنيا الشرعية – جلسة ١٩٣٥/٦/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٧ – ص٤٩١ .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٢/١٠/٧ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٥ – ص٩٩ .

(٤) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤١/١٢/١٦ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٣ – ص١٦.

(٥) مصر الابتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٦/١/١٤ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٨ ، ص١١٩ .

لم يبلغ من أخيه غير المسلم بحكم تبعيته لأمه المسلمة (١) .

لا تندفع دعوى النسب للإرث بولادة المدعى لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج إذا إدعى ولادته من زواج سابق عليه تزويده المدة بينه وبين الولادة على ستة أشهر ولو لم يقدم مؤيداً للزوجية السابق ما دام لم يدع الإرث من طريق الزوجية ، كما لا تندفع أيضًا بعدم السماع لعدم تقديم مؤيد دعوى النسب إذ محل ذلك الإقرار بالنسب والمدعى به هنا النسب لا الإقرار به (٢) .

لا ينتصب الوارث – بوصف كونه وارثاً فقط – خصماً عن الغائب فى دعوى وفاته لأنه لم يعد وارثاً بعد ، كما أنه لابد فيها من تحديد عين من أعيان التركة فإذا خلت من ذلك لا يصح سماعها (٣) .

مادة تحقيق الوفاة والوراثة التى موضوعها طلب تحقيق وفاة الغائب (المفقود) ووراثة ورثته له تقبل لأن المطلوب من إختصاص المحكمة القضائية(٤) .

يكفى لصحة دعوى موت المفقود مجرى دعوى المال ، ولا ينظر فى دعوى المال إلا بعد الحكم بالوفاة والوراثة – إن هذه الدعوى تضمنت دعوى مال صحيحة ، والنص الفقهي يقضى بأنه يكفى لصحتها مجرد دعوى المال ويعد الوفاة والوراثة ينظر فى دعوى المال كما نص على ذلك فى الجزء السادس من الفتاوى المهدية صفحة ٤٥ (٥) .

إن دعوى المدعية إشتملت على دعوى الوفاة والوراثة وعلى دعوى

---

(١) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٨/١١/٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١ ، ص١١٩ .

(٢) العليا الشرعية – جلسة ١٩٣٧/٤/٥ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٩ ، ص١٢٢ .

(٣) سوهاج الشرعية – جلسة ١٩٤٦/٦/٥ – المحاماة الشرعية ، السنة ١٩ ، ص٣٣٩.

(٤) شبراخيت الشرعية – جلسة ١٩٢٩/١١/٣٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١ – ص٤٣٢ .

(٥) شبين القناطر الشرعية ، جلسة ١٩٣١/١/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٣ – ص٥٤٨ .

المال- وهى أنصبتهم فى هذا الصداق - ودعوى الوفاة والوراثة هى دعوى إثبات صفة والكلام فيها سابق على الكلام فى دعوى المال ، فلا يتكلم فى المال إلا بعد أن يثبت المدعى صفته فى الوراثة - ولذا يكفى لتصح دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال فى الدعوى ولم يتكلم فيه لا بإثبات ولا بنفى ، فتكون دعوى الوفاة والوراثة مسموعة (١)

يقضى الفقه بأنه يكفى لصحة دعوى الوفاة والوراثة الحكم بذلك مجرداً عن دعوى المال - ويعد الحكم بالوفاة والوراثة ينظر فى دعوى المال كما نص على ذلك فى الجزء السادس من الفتاوى المهدية صفحة ٤٤٥(٢).

إن دعوى الوراثة هى دعوى إثبات صفة لا مال ، وإشتمالها على المال من مسوغات سماعها (٣) .

يكفى لتصح دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال فى الدعوى ولو لم يتكلم فيه لا بإثبات ولا بنفى (٤) .

إن قول المدعى فى دعوى الوفاة والوراثة المشتملة على جميع العناصر التى تتكون منها مواد الوفاة والوراثة أن المدعى عليه يرى أنه يستحق أقل من النصيب الذى يدعيه وينازعه فى الفرق بين النصيبين بدعوى إستحقاقه إياه ، وكذلك إعتراف المدعى عليه بوقائع الدعوى عدا مقدار نصيب المدعى ، لا يحول الدعوى من كونها دعوى وراثة إلى نزاع مدنى ، لأنه مع هذا الاعتراف لا يزال النزاع حول الإرث وهو ليس نزاعًا مدنيًا بل هو نزاع فى مسألة من صميم الأحوال الشخصية ، فيكون الفصل فيه من إختصاص

---

(١) اسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ - المحاماة الشرعية ، السنة ١٢ - ص٩٨.

(٢) مصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٢/٣ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٣ ، ص٣٥ .

(٣) اسيوط الشرعية ، جلسة ١٩٤٤/٢/١٠ - المحاماة الشرعية ، السنة ١٦ - ص١٦٩ .

(٤) اسيوط الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - ص٩٨ .

المحاكم الشرعية طبقاً للمادتين ٢٤و٢٥ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١(١) .

إن دعوى الوفاة والوراثة لا تسمع إلا ضمن دعوى حق يتوقف ثبوته والحكم به على ثبوت الوراثة فهى فى الواقع دعوى حق بسبب الإرث - وعلى ذلك فإن دفع هذه الدعوى بعدم السماع للتقادم بمضى المدة الطويلة إنما يتوجه على الحق المدعى به نفسه لا على سببه ، لأن سببه ليس مقصوداً لذاته .

ومن حيث أنه لا يسار فى دعوى هذا الحق إلا بعد إثبات سببه وهو صفة الإرث ، فإلى أن تثبت هذه الصفة يكون الدفع بعدم سماع الدعوى للتقادم سابقاً لأوانه لأنه لا يتجه إلا عند السير فى دعوى المال وتثبت الملكية فى الموروث بسبب الإرث (٢) .

من أحكام الميراث :

١٧٤ -١- لم يترك المشرع أمر توزيع التركة وفق مشيئة المتوفى الذى قد يكون أدرى الناس بمن هو أحق بتركته وأحوج لماله وأقدر على الاحتفاظ بثمرة مجهوداته وذلك ، دفعاً للمؤثرات الوقتية، التى من شأنها إثارة النفرة وتفكك روابط الجماعة (٣) .

لذلك حدد الشارع أنصبة الورثة وفق أولويات وقواعد حددها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بإصدار قانون المواريث .

وبالميراث يدخل مال المورث أو حقه القابل للانتقال فى ملك المورث من غير توقف على قبوله أى جبراً عليه .

٢- إن قاتل المورث عمداً لا يرثه ، ذلك لأنه إستعجل الميراث قبل أوانه فيعاقب عليه بحرمانه ، بخلاف القتل الخطأ ، أو بعذر (كقتل الزوج لزوجته

---

(١) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٤ - ص٩٥ .
(٢) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٥١/٥/٢٦ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٣ ، ص٥٤ .
(٣) الشيخ منير الهلالى ، الورثة فى الشريعة الإسلامية ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة ٤ ، العدد ٤ ، ص٢٤ .

الزانيـة) ، أو قـتـل وقع من غـيـر المكلف (كـالصـبى والمجنون) لأن التـكليف أساس المسئولية (١) .

٣- أن المرتد عن الإسـلام - فـضـلاً عن ثبـوت حـد قـتلـه لا يرث من مسلم ولا من غير مسلم ، ولا من مرتد (٢) .

٤- عـالج الـقـانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشـأن الوصـيـة حالة الأحـفـاد اليـتامى الذين يموت آباؤهم أو أمـهـاتهم فى حـيـاة الجد أو الجدة ، إذ أنهم لا يرثون بسـبب حـجـبـهم ، فـيـحـرمـون مما ينعم فـيه غـيـرهـم من الورثة ويقاسون من مرارة الفقر - فاستحدث أحكام الوصية الواجبة (٣) .

٥- إن إخـتـلاف الدين يـعـتـبـر مـانعًـا من مـوانع الإرث فـى الشـريـعـة الإسلامية والمراد به أن المسلم وغير المسلم لا يتوارثان بأى سبب من أسباب الإرث مـهـمـا كـانت درجة الـقـرابـة ، فليس للمـسـيـحى أى حق فى تركـة إبنه الذى أسلم لإختلاف الدين ولا حق له فى طلب منع تـعـرض الغـير للتـركة إذ ليس له أى شأن بها كوارث (٤) .

وحكم منـع التـوارث بين المسـلـم وغـيـر المسـلم هـو نص صـريح قطعى الدلالة على معناه متـعين المراد من فهمه لا يحتمل تأويلاً ولا تـفـسيراً ، ولم يوجه الخطاب فى القانون إلى المسلمين المصـريين فـحسـب بل إلى المسلمين فى جـمـيع أنحاء الأرض ، لقوله تعـالـى « ومـا أرسلناك إلا رحـمـة للعـالمين » ومن ثم يجب إعـمـال حكم الإسلام فى شأن المورث الأجنبى فـى كل مسـألة

---

(١) الدكتور عبد العظيم شرف الدين ، أحكام الميراث والوصـيـة فى الشـريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٦٢ ، ص١٦٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ مدنى - العدد ١ - ص١٧٤ ، وانظر فى تفـصـيل : الأصول الشـرعـية فى المرتد ، لاحـقًـا ، الفـقـرة ٢١٠ من هذا الكتاب .

(٣) الوصية الواجبة ، للأستاذ حمدى محمود عـزام المحامى - المحاماة - السنة ٣٧ - العدد ٨ - ص٤٦ .

(٤) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٢/١١/٦ - الجدول الشـرعى للمجموعة الرسمية - مدنى رقم ٩٧ - ص٣٦٤ .

يصطدم أعمال قانون جنسيته مع قاعدة كلية من قواعد الشريعة الإسلامية (١) .

قواعد وإجراءات وحجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) بإثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة :

١٧٥- بينت المواد ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المعدلة بالقانونين ٧٢ لسنة ١٩٥٠(٢) و٦٨ لسنة ١٩٦٤(٣) ، قواعد وإجراءات تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، وهى أحكام لم يتناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

وحاصل تلك القواعد الإجرائية :

١- أن تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يكون أمام قضاء المحاكم الجزئية، طبقاً لأحكام الإختصاص المحلى المنصوص عليه فى المادة ٢٥ من اللائحة الشرعية (م٣٥٥ المعدلة) - مع ملاحظة أن المادة ٦ من اللائحة تقضى بإختصاص المحاكم الشرعية الجزئية إبتدائياً بدعاوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على عشرين ألف قرش .

٢- أن يقدم طالب التحقيق المشار إليه طلباً بذلك إلى المحكمة المختصة ، مشتملاً على بيان تاريخ الوفاة ، ومحل إقامة المتوفى وقتها وأسماء الورثة والموصى إليهم وصية واجبة إن وجدوا ، ومحل إقامتهم ، ومحل أموال التركة (م٣٥٦ معدلة) .

٣- على الطالب المذكور أن يعلن الورثة والموصى لهم بوصية واجبة

---

(١) الدفع بالنظام العام فى مواريث الأتراك فى مصر ، للدكتور صلاح الدين عبد الوهاب ، المحاماة - السنة ٣٧ - العدد ٩- ص١٢٠٥ .

(٢) نشر بالوقائع المصرية - فى ٥/٦/١٩٥٠ - العدد ٥٦ .

(٣) نشر بالجريدة الرسمية - فى ٢٢/٣/١٩٦٤ - العدد ٦٧ ، وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على إلغاء المادتين ١٧و٥٨ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

للحضور أمام المحكمة فى الميعاد الذى يحدد لذلك (م٣٥٩/١ معدلة) .

٤- يحقق القاضى الطلب بشهادة من يثق به ، وله أن يضيف إليها التحريات الإدارية حسبما يراه (م٣٥٩/٢ معدلة) .

٥- وإذا أنكر أحد الورثة أو الموصى لهم وصية واجبة ، ورأى القاضى أن الإنكار جدى ، وجب على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى (م٣٥٩/٣ المعدلة) .

٦- وإذا كان بين الورثة والموصى لهم وصية واجبة قاصر أو محجور عليه أو غائب ، قام وليه أو وصيه أو قيمه أو وكيله ، مقامه (م٣٦٠ معدلة) .

٧- يكون تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، حجة فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، ما لم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق (م٣٦١ معدلة) .

من الأحكام المتقدمة يتضح أن الإعلام الشرعى (الإشهاد) بإثبات الوفاة والوراثة يتولى القاضى الشرعى بالمحكمة الجزئية تحقيقه ، وأن حجيته تعتمد أصلاً على عدم إنكار أحد الورثة أو الموصى لهم بوصية واجبة له ، بحيث إذا أنكر عند نظر مادته ، وكان الإنكار جديًا تعين رفض الطلب وتكليف الطالب برفع دعواه إلى المحكمة الإبتدائية الشرعية .

أما إذا صدر الإعلام الشرعى (الإشهاد) ، فإن تحقيقه فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة يكون حجة ما لم يصدر حكم شرعى من المحكمة المختصة على خلاف هذا التحقيق .

فما مدى حجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) إذن ؟

إستقر قضاء النقض على أنه وفقًا للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يكون تحقيق الوفاة والوراثة فى هذا الخصوص حجة ، ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق ، وإنكار الوراثة الذى يستدعى إستصدار مثل هذا الحكم ، يجب – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن يصدر من وارث ضد أخر يدعى الوراثة – وبيت المال (وزارة الخزانة) لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى ، وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك ، وهو ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧

لسنة ١٩٤٣ فى قولها : « فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها للخزانة العامة (١) .

إختصاص المحكمة الإبتدائية الشرعية بنظر دعوى إبطال الإعلام الشرعى (الإشهاد) وتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة :

تقرر المادة ١/٨ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ قاعدة أساسية فى تحديد ما تختص المحكمة الإبتدائية الشرعية بنظره من المواد الشرعية ، إذ تجعل إختصاصها الإبتدائى بالحكم فى المنازعات التى ليست من إختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين ٥ ، ٦ من اللائحة الشرعية .

وتحدد المادة ٢٥ من اللائحة الشرعية الاختصاص المحلى بالنظر فى دعاوى مواد إثبات الوراثة والإيصاء والوصية ، فعقدت الإختصاص بها للمحكمة الكائن فى دائرتها أعيان التركة العقارية كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، أو للمحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه .

وتلك المواد لم يتناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

وأن المستفاد من أحكام المادتين ٣٥٩ ، ٣٦١ من اللائحة الشرعية المعدلتين ، أن الإعلام الشرعى (الإشهاد) الصادر بتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة يمكن إنكاره وإثبات عكسه عن طريق الإلتجاء إلى المحكمة القضائية المختصة وإستصدار حكم يناقضه ، وذلك برفع دعوى مبتداة بطلب الحكم ببطلانه أو عن طريق الدفع بالإنكار فى دعوى منظورة يحاجج أو يحتج فيها به – وفى ذلك تذهب محكمة النقض إلى أن حجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) – وعلى ما جرى به قضاؤها – تدفع وفقًا لنص المادة

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٥/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – العدد ٢ – مدنى وأحوال – ص١٠٨٢ وما بعدها ، وأنظر التعليق عليه ، للأستاذ عبد المنعم إسحق خليل محمد ، المنشور بمجلة قضايا الحكومة – السنة ١٧ – العدد ٢ – إبريل ويونيو ١٩٧٣ – ص ٥١٧ وما بعدها ، والمراجع الفقهية التى أشار إليها فى هوامشها.

٣٦١ من اللائحة الشرعية بحكم من المحكمة المختصة ، يصدر إما فى دعوى مبتدأة أو فى دفع الدعوى التى يراد الإحتجاج فيها بالإعلام الشرعى . وإذ كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصة أصلاً بالحكم فيه ، فإن قضاءها هو الذى يعول عليه ، ولو خالف ما ورد بالإعلام الشرعى (الإشهاد) ، ولا يعد قضاؤها إهداراً لحجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) ، لأن الشارع أجاز هذا القضاء ، وحد به من حجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) الذى يصدر بناء على إجراء تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة (١) .

ويثور التساؤل عما إذا كان يجوز الالتجاء إلى المحكمة الابتدائية الشرعية بطلب الحكم بإبطال الإعلام الشرعى ، إعتباراً بأن القاضى الجزئى يصدره ليس بصفته القضائية ولكن بصفته الولائية ، وبأن حجيته قاصرة على حالة إنكاره وعدم صدور حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق .

تقضى أصول المرافعات بأن للمحاكم وظيفتين أو عملين : الأولى – وظيفة قضائية ، هى الفصل فى الخصومات فصلاً قضائياً حاسماً لنزاع بين متخاصمين وهذا عمل المحاكم العادى وهو الأصل والأساس ، والثانية– وظيفة ولائية ، أى ما يباشره بما له من الولاية العامة وحلوله فيه محل صاحبه الأصلى ، وهو أقرب إلى العمل الإدارى منه إلى العمل القضائى .

والفرق الأساسى بين العملين (الوظيفتين) أن الأول لا يكون إلا فى منازعة على حق ، والثانى لا يكون فى منازعة ولا خصومة .

أما فى أصول الفقه الشرعى فقد نص الفقهاء على أن للقاضى أعمالاً لا يباشرها بصفته القضائية ، بل بصفته ولى من لا ولى له وقيامه فيها مقام

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٨/٢/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩– العدد١ – مدنى وأحوال – ص٢١٤ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٦٧/١١/١٥ – المرجع السابق – العدد ٤ – ص١٦٨٨ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩ – المرجع السابق – السنة ١٧ – العدد ٣ – ص١٤٨٠ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٧٤/١/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – ص١٥٠ .

صاحب الحق الأول فيها لا يكون حكمًا منه بها ولا يسمى قضاء إلا تجوزاً(١) ، وأن ما يباشره القاضى من التصرفات مقيد بالمصلحة ، فما كان منها محققًا لها أمضى وأنفذ ، وما كان بعيداً عنها رد وأبطل (٢) فهذه النصوص صريحة فى أن عمل القاضى فيما يباشره من التصرفات بصفته نائبًا عن صاحب الولاية الأصلى فيها يأخذ حكم تصرف صاحب الولاية نفسه فيها ، من حيث الصحة والبطلان الدائر ذلك مع تحقيق المصلحة أو وجود الضرر ، ونص الفقهاء أيضًا على أن للقاضى بصفته القضائية أن ينظر فى فعل قاض غيره صادر منه بصفته الولائية وحل فيه محل صاحب الولاية الأصلى ، فإن وجده خيراً أنفذه وإلا رد وأبطله ، لأن ولايته القضائية إنما تكون فى حق ما بين الناس بعضهم مع بعض ، أما فى شأن ما بينه وبين الناس ، فهو ليس قاضيًا بل مباشر التصرف هو فيه كفرد عادى كغيره من الأفراد يأخذ عمله حكم عمل غيره من حيث الصحة والبطلان(٣)، وتقضى المادة ٨ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية جعلت نظر المواد الشرعية الخارجة عن إختصاص المحاكم الجزئية من إختصاص المحاكم الابتدائية ، فالمحكمة الابتدائية القضائية باختصاصها الذى جعله لها ولى الأمر هى المختصة بنظر دعوى الوراثة ودعوى إبطال الإعلام الشرعى بإثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة فى حالة إنكاره (٤) .

١٧٦ – أما قضاء النقض فلقد إستقر على أن مؤدى نص المادة ٣٦١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع أراد أن يضفى على إشهاد الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافه ، ومن ثم أجاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على

---

(١) جامع الفصولين – جزء ١ – ص١٥ ، ومعين الحكام ص٣٧ .

(٢) جامع الفصولين – جزء ٢ – أول الباب ٢٧ .

(٣) جامع الفصولين – جزء ٢ – ص١٥ .

(٤) قارن : العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٩/٢٧ – المحاماة الشرعية – السنة ٢ – العدد ٤و٥و٦ – ص١٥٠ وما بعدها ، فى بحثها القيم فى إختصاص المحكمة الابتدائية الشرعية بنظر دعوى إبطال إشهاد صادر من هيئة المصروفات .

الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع (١)، ذلك أن التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام ، هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً ، كإعتبار شخص وارث وهو فى الحقيقة غير وارث وبالعكس (٢)، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعًا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية(٣) فأحكام الميراث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام ، وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً(٤) .

من المبادىء المتقدمة تكون المحكمة الابتدائية الشرعية (الأحوال الشخصية) هى المختصة بنظر دعوى إثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، وبدعوى إبطال إشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة الصادر من المحكمة الجزئية الشرعية بصفتها الولائية فى حالة الإنكار الجدى لها من أحد ذوى الشأن (٥) .

مناط النظام العام فى ميراث المسلمين وغير المسلمين والأجانب :

١٧٧- جرى قضاء محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل مواريث المصريين غير المسلمين، ومنها الوصايا ، والتى كانت تختص بنظرها المحاكم الشرعية ذات الولاية

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٤/٣/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - العدد ١- ص٣٤٠ ، ونقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٩ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص٦١٩ ، ونقض - جلسة ١٩٥٨/٦/١٩ - المرجع السابق - السنة ٩ - ص٦٠٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٩ - المرجع السابق - العدد ٢- ص٥٢٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٧ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد١ - ص٢٩٨ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٤/١/٤ - المرجع السابق - السنة ١٥ - العدد ١ - ص٤٣ .

(٥) دمياط الابتدائية - الدائرة الأولى الشرعية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ - القضية ٩ - سنة ١٩٧١ أحوال نفس كلى - وجلسة ١٩٧٥/٣/٢٩ - القضية ٤٤ - سنة ١٩٧٣ أحوال نفس كلى ، وجلسة ١٩٧٥/٢/٢٣ - القضية ٧٩ - سنة ١٩٧٤ أحوال نفس كلى .

العامة ، ما لم يتفق الورثة – فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الإرث والوصية – على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى (١) ، وبعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإنه بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية حالية منظمة وقت صدور القانون المذكور ، فتصدر الأحكام– فى نطاق النظام العام – طبقًا لشريعتهم ، لم يغير من هذه القواعد (٢) .

وأما بالنسبة لميراث الأجنبى فإنه وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز تطبيق قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصابات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر ، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى إستقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين(٣) .

تاسعًا : دعوى النسب فى غير الوقف :

١٧٨– نصت المادة ٨ من قانون التوحيد رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥(٤) على إنتزاع دعوى النسب فى غير الوقف من إختصاص المحكمة الجزئية

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – مدنى وأحوال– العدد ١ – ص ٤٢٥ وما بعدها .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٧/٣/٨ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، العدد ٢ ، ص٥٨٩ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٤/٢/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ١٥ ، العدد ٢ ، ص٧٢٧ .

(٤) وهو المعروف أيضاً بقانون إلغاء المحاكم الشرعية والملية .

وجعلها من إختصاص المحكمة الابتدائية لتحكم فيها إبتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام محكمة الاستئناف (العليا) ، وذلك لما قدره الشارع من بعد أثرها فى الميراث بما يكون معه عقد إختصاص المحكمة الابتدائية بها إختصاصاً إبتدائياً وضعاً مناسباً لأهميتها .

وسوف نعود إلى بحث تلك الدعوى فى مكانها الطبيعى عند تناول إختصاص المحكمة الابتدائية الشرعية .

عاشراً – الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية :

نصت المادة ٦ من اللائحة الشرعية أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (قابلاً للاستئناف) فى المنازعات فى المواد الآتية :

« ... الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق ... » .

وسوف نتناول أحكامها فى نطاق القدر اللازم لأصول المرافعات الشرعية ، تاركين لكتب الأحوال الشخصية الموضوعية طلب المزيد من البحث فيها .

مقدمة :

١٧٩– يسبق البحث عن الزوجة المناسبة التفكير فى الزواج ، ثم يتخذ ذلك شكلاً إيجابياً بإجراء البحث عن الزوجة ، وفى البيئات المحافظة يتم ذلك عن طريق بعض سيدات الأسرة بعد أن يكون طالب الزواج قد شاهد الفتاة عرضاً مع أسرتها فى المدن أو فى سويقة القرية مثلاً ، ويتخذ هذا الإجراء فى المجتمعات المتمدينة شكلاً آخر ، حيث يكون الإتصال لمعرفة الفتاة برؤيتها فى المحلات العامة أو محل العمل أو الدراسة ، وقد يكون البحث من غير سابق معرفة عن طريق (الخاطبة) ، وقد تتولى ذلك مكاتب خاصة أو مجلات – فإذا ما وجد الرجل ضالته المنشودة بدأت المرحلة الثانية وهى الإتصال بأهل الفتاة أو المرأة أو التى يريد الزواج بها (١) .

---

(١) راجع مقالنا : التعويض عن فسخ الخطبة – المحاماة – السنة ٥٠ – العدد ٩ – ص٦٨ وما بعدها .

٢- وإعتاد بعض الناس قراءة الفاتحة ، التى تحصل عادة بين طالب الزواج وبين ولى الفتاة أو وكيلها فى حفل صغير يضم نفراً قليلاً جداً من أهل الطرفين لمجرد التدليل على الرضا بالزواج والوعد به من الطرفين (١) .

وهاتان المرحلتان لا ترتبان لأى من الطرفين قبل الآخر حقوقًا ، فيجوز لكل منهما أن ينقض ما تم الإتفاق عليه (٢) .

ثم تبدأ المرحلة الثالثة أو الهامة إلى حد ما وهى : الخطبة .

أحكام الخطبة وآثارها :

١٨٠- الخطبة - شرعاً - هى طلب المرأة للزواج بها (٣) ، وقيل هى ما يفعله الطالب من إستلطاف بالقول والفعل (٤) ، أو هى الذكر الذي يستدعى به إلى عقدة النكاح (٥) ، والخطبة وسيلة إلى عقد الزواج ومقدمة تسبقه .

وقد شرعت حتى يتسنى للمخطوبين أن يتعرف كل منهما أحوال الآخر وطباعه لتدوم العشرة بينهما بالزواج (٦) وحتى لا يكون الزواج على عمى (٧) .

---

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، للأستاذ المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، طبعة ١٩٣٥ ، ص٨ .

(٢) وتنص المادة ١/٤ من كتاب الأحكام الشرعية ، فى الأحوال الشخصية لمحمد قدرى (باشا) على أن : الوعد بالنكاح فى المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعى بإيجاب وقبول لا يكون منهما نكاحاً ... » .

(٣) مدى استعمال حقوق الزوجية ، رسالة دكتوراه ، لأستاذنا العميد الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، طبعة ١٩٣٥ - ص٩٠ ، والزواج فى الشرع الإسلامى والقوانين اللبنانية ، للأستاذ انور الخطيب ، دار العلم للملايين بيروت ، طبعة ١٩٦٠ ، ص١٩ . وحقوق المرأة فى الشريعة الإسلامية والقانون ، للأستاذ حسنى نصار ، طبعة ١٩٥٨ ، ص٢٢٥ .

(٤) نيل المرام فى تفسير آيات الأحكام ، للشيخ محمد صديق حسن خان ، طبعة ١٣٤٧ هـ ، ص٧٧ .

(٥) احكام القرآن ، للإمام ابى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ، ص٤٢٢ .

(٦) الأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص٦ .

(٧) محاضرات فى عقد الزواج وآثاره ، لمعهد الدراسات العربية لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، طبعة ١٩٥٨ ، ص٤٩ ، والطبيعة القانونية للخطبة ، وأساس التعويض فى حالة العدول عنها ، للدكتور توفيق حسن فرج ، طبعة ١٩٦٣ ، ص١٠ .

وتكون الخطبة تصريحًا بلفظ يفيد ذلك كأن يقول الرجل : أريد أن أتزوج منك ، وتكون تعريضاً بألفاظ تحتمل الخطبة وغيرها ولكن القرائن ترجح الخطبة ، كأن يقول الرجل : أريد أن أتزوج ، إنك لجميلة إنك لصالحة. إن الله لسائق إليك خيراً .

وليس ما يمنع شرعًا أن يهدى الخاطب إلى مخطوبته ، وأن يمتدح نفسه إليها (١) .

ويدل لفظ الخطبة (بكسر الخاء) - فى نظر الفقهاء - على معنيين : (الأول) إظهار الرغبة من جانب الطرفين فى التزوج من الآخر ، و(الثانى) توافق الطرفين على ذلك (٢) .

رؤية المخطوبة والإختلاء بها :

١٨١- ومن مقتضى الخطبة رؤية الخاطب لمخطوبته ، ورؤيتها له وتحل له رؤيتها من وقت قيام الرغبة لديه فى الزواج منها ، بحيث إذا لم تنل منه قبولاً أعرض عنها بغير إيلامها . ولا تتوقف الرؤية على رضاها .

ومرد ذلك إلى ما روى من أن المغيرة بن شعبة خطب إمرأة فقال له رسول الله ﷺ : « أنظرت إليها ؟ » قال : لا فقال الرسول عليه الصلاة والسلام : « أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما (٣) .

وقد روى عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « إذا خطب أحدكم المرأة ، فإن إستطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » . قال جابر :

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد العظيم شرف الدين، طبعة ١- ١٩٦٤ -(الزواج) ، ص٢٢ وما بعدها .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - رسالة الدكتوراه - المرجع السابق - ص ٩١ وما بعدها - والمراجع العديدة التى أشير إليها فى الهامش - وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف مرسى - رقم ٦٣ - ص٥٤ - والأحوال الشخصية - لأستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى - طبعة ١ - ١٩٦٥ - ص٤ وما بعدها .

(٣) أى أن يدوم الوفاق والمودة اللذان يكون الزواج بدونهما جحيماً لا يطاق - عمدة القارىء - جزء ٢٠ - ص١١٩ .

فخطبت إمرأة ، فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها فتزوجتها – رواه أبو داود (١) .

وإذا لم يتيسر للرجل رؤية من يريد خطبتها أمكنه التحقق من ذلك بتكليف إحدى النساء – موضع ثقته – لتنظر إليها وتخبره بما رأت . فقد روى أنس رضى الله عنه أن الرسول ﷺ بعث أم سليم إلى إمرأة فقال : «انظرى إلى عرقوبها ، وشمى معاطفها – أو عوارضها » .

٥- وإختلف الفقهاء فيما يباح رؤيته من بدن المرأة (٢) . فمن قائل بالنظر إلى الوجه والكفين والقدمين وتكرار ذلك إذا لزم الأمر ، إذ الوجه عنوان الجمال والكفان والقدمان ينمان عن الجسم وخصوبة البدن ، ومن قائل (الأوزاعى) ينظر إلى مواضع اللحم منها الذراعين والساقين ، ومن قائل (داود) ينظر إلى جميع بدنها (٣) .

٦- غير أن الخطبة ، وإباحة رؤية المراد خطبتها لا تحل للرجل أن يختلى بها خلوة لا تحمد عقباها ، فقد قال ﷺ : « لا يخلون رجل بإمرأة إلا كان ثالثهما الشيطان » . وقال صلوات الله وسلامه عليه : « أن يطعن فى رأس أحدكم بمخيط من حديد خير له أن يمس إمرأة لا تحل له » .

ولكن يباح له الجلوس معها فى وجود محرم من محارمها لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يخلون أحدكم بإمرأة إلا مع ذى محرم » .

وقد حرمت الخلوة المطلقة بين المخطوبين لسببين :

الأول – أنها فترة يعمل كل منهما فيها على أن يستحوذ على رضاء الآخر ، ويبالغ فى التكلف والتجمل ، ولا يظهر على حقيقة أمره ، ومن

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية – للدكتور عبد العظيم شرف الدين المرجع السابق – ص٢٨ .

(٢) الأحوال الشخصية – للشيخ عبد الوهاب خلاف – المرجع السابق – ص٦ ، وأحكام الأحوال الشخصية – للدكتور عبد العظيم شرف الدين – المرجع السابق – ص٣٠.

(٣) نقض المادة ٣ من الأحكام – لقدرى باشا على أنه : « يجوز للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها » .

ثم فلا يتحقق الغرض المقصود منها .

والثانى – أن الخلوة لا تحمد عقباها ، وقد يغير الخاطب رأيه ، فتتأذى المخطوبة بتركه لها ، وتنتابها الأزمات النفسية (١) .

ومن أجل هذا اتخذ الإسلام موقفاً وسطاً ، تحقيقًا لمصالح الناس ، فلا هو منع الرؤية كلية ، ولا هو أباح الخلوة بالمخطوبة ، فما أعدل طريقة الإسلام (٢) .

من تحل خطبتها ومن لا تحل :

١٨٢– قال المرحوم محمد قدرى (باشا) فى المادة الأولى من كتابه «الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على مذهب أبى حنيفة النعمان»(٣) ما نصه :

« تجوز خطبة المرأة الخالية من نكاح وعدة » .

وبناء على هذا النص يمكن إستخلاص أنه يشترط فيمن تحل خطبتها من النساء شرطان :

الأول – أن لا يحول بينه وبين الزواج منها فى الحال مانع .

والثانى – أن لا تكون مخطوبة للغير .

المقرر شرعًا أن تحريم خطبة مخطوبة الغير لا يترتب عليه تحريم الزواج منها فمن يخطب مخطوبة غيره ، أو مطلقة آخر وهى فى العدة ، ثم يتزوجها ، فإن هذا الزواج يقع صحيحاً نافذاً إذا ما إستوفى أركانه وشروطه الشرعية ، ويترتب عليه كل آثاره القانونية ، فالتحريم المشار إليه فى حديث

---

(١) وخلاصة ما إستقر عليه رأى الفقهاء فى هذا الشأن هو إنه لا يجوز الغلو فى حجب المخطوبة عن الخاطب تجنباً لزواج ينتهى بالفشل ، كما انه لا يجوز الغلو فى إباحة الخلوة منعاً لسوء المظنة .

(٢) عيون المسائل الشرعية – للشيخ على حسب الله ص١٢ ، والزواج فى الشرع الإسلامى والقوانين اللبنانية – للأستاذ انور الخطيب – المرجع السابق – ص٢٢ .

(٣) الطبعة ٦ – مطبعة هندية – ص٤ .

الرسول عليه الصلاة والسلام : ... ولا يخطب الرجل على خطبة أخيهحتى يذر » لا يتأثر به عقد الزواج ، ومن يفعل ذلك يأثم عند الله ويستحق عقابه سبحانه وتعالى .

أولاً – فالمحرمة مؤيداً كالعمة والأخت وإبنة الأخ مثلاً لا يحل الزواج بهن ، ولما كانت الخطبة من مقدمات عقد الزواج ووسيلة إليه كان الإشتغال بالوسيلة عبث يصان العاقل عنه (١) .

والمحرمة مؤقتًا كأخت زوجته ، وزوجة الغير ، ومعتدة الغير ، فلا تحل خطبتها ، ويستوى فى الحكم أن تكون معتدة وفاة أو طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى ، ولأن فى خطبة أيهن إعتداء على الغير قد يؤدى إلى خصومات وكيد ولكن يباح خطبة المعتدة من وفاة تعريضًا (تلميحًا) لا تصريحًا لقوله تعالى جل شأنه فى الآية ٢٢٥ من سورة البقرة: « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، أو أكننتم فى أنفسكم ، علم الله أنكم ستذكروهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا معروفاً ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله إعلموا أن الله يعلم ما فى أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور رحيم » والآية السابقة عليها ٢٢٤ تقول : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ، فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهم بالمعروف والله بما تعملون خبير » .

وتقول المادة ٢ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا :

« تحرم خطبة المعتدة تصريحًا سواء كانت معتدة لطلاق رجعى أو بائن أو وفاة ، ويصح إظهار الرغبة تعريضًا لمعتدة الوفاة دون غيرها من المعتدات ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل إنقضاء عدتها » .

ويجيز المالكية والشافعية والحنابلة خطبة المعتدة لطلاق بائن تعريضاً

---

(١) شرح الأحكام الشرعية – للمرحوم الشيخ محمد زيد الإبيانى – طبعة ١ – ١٩٠٣ – جزء ١ – ص٥ .

قياسيًا على المعتدة من وفاة (١) ، ويخالفهم الحنفية فى ذلك ، ويؤيد البعض (٢) رأى الحنفية لإحتمال عودة المطلق إلى زوجته بعد ندمه على طلاقها .

ثانيًا – ولا يسوغ لإنسان أن يتقدم لخطبة إمرأة يعلم أن غيره قد سبقه إلى خطبتها ، لما فى ذلك من إعتداء على حق قد يثير العداوة والبغضاء بين الناس ، ومن أجل ذلك نهى الرسول أن يخطب الرجل على عقبة بن عامر أن الرسول ﷺ قال : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » وروى أحمد والبخارى والنسائى أن الرسول ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب » وروى البخارى والنسائى عن النبى ﷺ أنه قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » .

والنهى دليل التحريم .

وقد أجمع الفقهاء على تحريم الخطبة الثانية إذا قبل طلب الخاطب الأول من المخطوبة أو من وليها ،ولكنهم إختلفوا فيما إذا كانت الخطبة الأولى ما زالت بعد فى دور المشاورة .

فذهب الحنفية والمالكية إلى أنها حرام ، لأن عدم الرد على رغبة الخاطب الأول (السكوت) لا يفيد عدم الرضا .

وذهب الشافعية والحنابلة – إلى جوازها . وإستدلوا على ما روى عن فاطمة (إحدى المهاجرات) أنه تقدم لخطبتها ثلاثة من الصحابة ، وهم معاوية بن أبى سفيان ، أبو جهم بن حذافة ، وأسامة بن زيد ، فذهبت إلى

---

(١) ويذهب استاذنا الشيخ زكريا البرديسى إلى أن الراجح القول بجواز التعويض بخطبة المعتدة من الطلاق البائن عملاً بالعموم الموجود فى قوله تعالى: « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » إذ لا معقول فى مقابلة النص ، وفق ذلك أن ما ذكره المانعون من الفرق لا يستقيم – فى نظرة (الأحوال الشخصية – طبعة ١ – ١٩٦٥ – المرجع السابق – ص١٣) .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية – للدكتور عبد العظيم شرف الدين – المرجع السابق – ص٣٨ وما بعدها .

رسـول الله ﷺ ، وذكـرت له ذلك ، فـقـال رسـول الله ﷺ : « أمـا مـعـاوية فـرجل ترب لا مـال له وأما أبو جـهم فـرجل ضـراب للنسـاء ولـكن أسامـة .. فقالت بيدها هكذا : (أسـامة ، أسامـة) فقال عليه السـلام : « طاعة الله وطاعة رسـوله » ، فـرضـيت بأسـامـة وتزوجـتـه ، فـجـعل الله فـيـه خـيـراً ، واقـبلت به[1].

ويؤيد البعض ما ذهب إليه المالكية [2].

الخطبة عند العرب فى الجاهلية :

١٨٣– كـان من عادات العـرب فى الجـاهلية أنهم كـانوا يـخطبـون البنت إلى أبيهـا وأخيـهـا أو عمـهـا ، فـيدخل الخـاطب ويقول : عمـوا صبـاحـاً [3]نحن أكفاؤكم ، ونظـراؤكم ، فإن زوجـتـمونا رجـعنا حـامـدين وإن رددتمونا لعلة نعلمـهـا أبنا عـاذرين – فـإن رآه الأب كـفـئًا عـرض أمـر الزواج على بنته قـبل العقد ، وبعد قبولهـا يمد يده إلى الخـاطب أو إلى أبيه ، أو لمن يكون وكيلاً فى الطلب ، ويجيب طلبه بعد أن يتفقا على مـهر معلوم بحضـرة شهود عدول، ثم يتـواعـدان علـى يوم مـعين للزفـاف ، فـإذا كـان يوم الـزفـاف أولموا الولائم إحـتفـالاً بزفاف العـروسين ، ثم تضـرب له فـيـه فيـدخل عليـهـا بها . وينشـر على الحاضـرين النثار ، ونثار العرب فى أعراسـهم من التمـر .

وبعـد تمام العـقـد يدخل الرجـل على إبنتـه ويزودهـا بنصـائحـه التى تحببـهـا إلى زوجـهـا وعـشـيرته ، كأن يقـول لهـا : علـيك بحـسـن المعاشـرة والتحـبب إلى أحمـائك ، وإياك والكذب فى القول ثم تدخل الأم وتزودها أيضاً بنصـائحـهـا ، ومن النصـائح الذهبـيـة قـول إمـرأة لإبنتـهـا ليلة زفـافـهـا : إنك خـرجت من العش الذى منه درجت إلـى زوج لم تعـرفيـه وقـرين لم تألـفـيـه ، فكونى له أمـة يـكن لك عـبداً ، وكـونى له مـهـاداً يكـن لك عـمـاداً ، وكـونى له

---

(١) نيل الأوطار – للإمام مـحمد الشوكانى – طبعة ٢ – المطبعة المنيرية – ١٣٤٤ هـ جـزء ٦ – ص٢٩ ، وأحكام الأحـوال الشـخـصـية – الزواج – للدكـتـور عـبـد العظيم شرف الدين المرجع السابق – ص٤٠ وما بعدها .

(٢) أحكام الأحوال الشـخـصية – الزواج – للدكتور عبد العظيم شرف الدين ص٤٢ .

(٣) تاريخ التشريع الإسلامى – للشيخ أحمد أبو الفتح – ص٨ .

أرضاً يكن لك سماء ،وإحفظى بصره وأنفه وسمعه ، فلا يرى منك إلا طيباً، ولا يشم إلا حسناً ولا ينظر إلا جمالاً .

وكان من محاسن الزوجة فى الجاهلية أن تكون حيية ، منخفضة الصوت ، محبة لزوجها متحببة إليه نفوراً من الريبة ، تجتنب الأقذار ، عاملة اليدين ، خفيفتهما فى العمل ، ولودا (١) .

فهل ترى فارقاً كبيراً بين ما كانوا عليه ، وما يجب أن يصير إليه الحال الآن ؟ !!

آثار فسخ الخطبة :

١٨٤– الخطبة من مقدمات الزواج وتمهيد له ، ولا تزيد على أن تكون وعداً بعقد ، والوعد بالعقد ليس له قوة الإلزام بين طرفيه وعلى الأخص فى مسألة الزواج ومباشرة الكاهن لعقد الخطبة وتوليته لها عند المسيحيين لا يغير من هذه الحقيقة ولا يرتفع به إلى مستوى عقد الزواج من حيث الإلزام . وما دام عقد الخطبة يختلف فى آثاره عن عقد الزواج ، ولا ينشىء إلتزامات متبادلة بينهما من وجوب النفقة على الزوج والطاعة على الزوجة فإنها لا ترثه ولا يرثها ، لأن كليهما أجنبى عن الآخر من كل وجه .

١٨٤ مكرر – قلنا أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج ووسيلة إليه ، يجيز البعض الزواج بدونها ويعتبرها البعض الآخر من الأمور المستحبة ضماناً لاستمرار الزواج والعشرة .

ولا تعتبر الخطبة فى الشريعة الإسلامية عقداً أو اتفاقًا ملزمًا ولو إقترنت بقراءة الفاتحة ، ومن ثم يجوز لكل من طرفيها العدول عنها بغير قيود ولا إستلزم مبررات ، وينبنى على ذلك أنه لا يقضى بالتعويض ، لأن الخطبة لا تعدو فى الواقع إلا أن تكون عقداً نفسياً وقلبياً ، ويكون للخاطب– من ثم – أن يسترد ما قدم من مهر ، كما يكون لكل من الطرفين إسترداد

---

(١) الطبيعة القانونية للخطبة – للدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص٦٧ وما بعدها .

هداياه لانعدام الخطأ المفترض ، أو المسئولية العقدية (١) .

وسواء أكانت تعهداً بين الطرفين على إجراء زواج مستقبل ، حيث لا يوجد فى الشريعة الإسلامية ما يفيد أن التعهدات محصورة العدد ، محددة الصورة ، كما يرى البعض (٢) ، أو أنها ليست عقداً كما يرى البعض الآخر(٣) ولطرفيها العدول عنها على خلاف ما تقضى به المروءة من الوفاء بالعهد - إلا أن من المسلم به أن للعدول عن الخطبة آثاراً ، ولفسخها أحكام نستعرضها فيما يلى :

حكم المهر ، والهدايا ، فى فسخ الخطبة :

١٨٥ - **فبالنسبة للمهر** ، فإنه يتعين رده إلى الخاطب سواء أكان العدول من جانبه أو من جانب المخطوبة ، ذلك لأن المهر لا يجب إلا بعقد الزواج كى يخرج من ملك الخاطب إلى ملك المخطوبة - ويرد بعينه إن كان موجوداً ، أو قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثليًا . وتأخذ الشبكة حكم المهر لجريان العرف بذلك .

وعلى هذا إنعقد الإجماع بين الفقهاء - على أن الخلاف قد ثار بين الفقهاء بالنسبة للهدايا .

فذهب الحنفية إلى اعتبار الهدايا هبة ، وتأخذ حكمها من حيث جواز الرجوع فيما ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع (٤) ، وموانع الرجوع فى الهبة - عندهم - ستة ، هى :

موت الواهب أو الموهوب له - هلاك الهبة أو إستهلاكها - خروج الهبة

---

(١) مدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق - ص٩٠ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص٤٦ .

(٣) الأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - ص٩ ، ومدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص٩٦ ، وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص٤٧ ، وشرح الأحكام الشرعية- للشيخ محمد زيد الإبيانى - ص٩ ، وكتاب الأحكام ، لمحمد قدرى باشا - م٣/٤ .

(٤) وهو ما ذهب إليه قضاء النقض (نقض - جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦ مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - ص٩٤٨) .

من ملك الموهوب له - أخذ عوض عن الهبة - القرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له - زيادة العين الموهوبة .

لا فرق عندهم بين أن يكون العدول من الخاطب أو المخطوبة .

وذهب المالكية إلى التفريق بين ما إذا كان الذى عدل هو الخاطب أو المخطوبة . فإذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه .

وإذا كان العدول من جانب المخطوبة ، كان له أن يستردها إن كانت قائمة أو قيمتها أو مثلها إن هلكت أو إستهلكت ، إلا إذا قضى شرط أو عرف بغير ذلك .

ويرى أستاذنا الجليل المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف (١) ، أنه بالنسبة للهدايا فالقائم منها كالحلى يرد إلى مهديه ، وغير القائم كالطعام والفاكهة لا يرد بدله شيء لأن الهدايا هبة وهلاك الموهوب من موانع الرجوع فيها ، ولا فرق فى هذا كله بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانبها أو من جانبه .

والذى عليه العمل بالمحاكم هو رأى الحنفية ، مع أن البعض (٢) يرى أن رأى المالكية أكثر عدالة (٣) .

وكان قانون مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وضع عام ١٩١٦ وعام ١٩١٧ثم عام ١٩٥٦ قد أخذ برأى المالكية ، ولكن لم يتح لهذه المشروعات أن ترى النور (٤) .

---

(١) الأحوال الشخصية - لأستاذنا الشيخ خلاف - المرجع - ص٩ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - المرجع السابق - ص٤٨ ، قارن : أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى - للدكتورين يوسف قاسم ورمضان الشرنباصى - ط ١٩٨١ - ص٧٧ ، وأحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية - للدكتور محمود عبد الحميد الديب ط ١٩٨١ - ص٣٣ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للدكتور محمد سلام مدكور - ط ١٩٧٥ - ص٢٤ ومحاضرات فى عقد الزواج وآثاره- لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة - ط ١٩٧١- ص٦٥ وخطبة النساء - للدكتور عبد الناصر توفيق العطار - ط ١٩٧٦- ص١٤٨.

(٣) عيون المسائل الشرعية - للشيخ على حسب الله - المرجع السابق - ص١٥ .

(٤) أحكام الأحوال الشخصية -للدكتور محمد يوسف موسى - طبعة ١٩٥٨ - ص٥٢.

وكان نص المادة ٢ من مشروع قانون عام ١٩١٦ هو :

« إذا كان العدول من جهة الزوج فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه ولا أن يرجع بشيء مما أنفق ، وإن كان من جهة الزوجة فللزوج أن يرجع بما أنفق وأن يسترد الهدايا إن كانت قائمة ، وقيمتها إن إستهلكت أو هلكت ، ما لم يكن هناك شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع » .

وكان نص المادة ٢ من قانون ١٩١٧ هو :

« وللزوج أن يرجع بما قدمه من هدايا عيناً أو قيمتها نقداً وقت الشراء إذا هلكت أو استهلكت ، وذلك إذا كان العدول من جانب الطرف الآخر ، وليس له أن يسترد شيئاً إذا كان العدول من جانبه » .

أما (مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد) فقد خير المخطوبة وولى أمرها بين إعادة المهر وتسليم ما يساويه من الجهاز إذا كان قد تم شراؤه فعلاً ، وعدم رد شيء من الهدايا إذا كان العدول من جانب الخاطب . وذلك حتى يخفف الأثر النفسي المترتب على العدول . أما إذا كان العدول من جانب الخطيبة ، فإن للخاطب حق طلب هداياه أو قيمتها - أخذاً بمذهب المالكية أيضاً (١) .

ولعل المشروع الجديد يسير على نفس الدرب فى الحكم !! .

ولما كانت الشبكة تعتبر من قبيل الهدايا ، والهدية هبة ، والهبة فى المنقول تتم بالقبض . ومن موانع الرجوع فى الهبة موت المهدى أو المهدى إليه ، ومن ثم كان لأقارب الخطيب المتوفى الحق فى إسترداد الشبكة .

التعويض عن فسخ الخطبة :

١٨٦- هل يلزم الخاطب الذى يعدل عن الخطبة بالتعويض ؟ وما هى المحكمة المختصة بالفصل فيه ؟

لقد ثار خلاف بين المحاكم والشراح حول تقدير تعويض فسخ الخطبة.

---

(١) الزواج - للأستاذ أنور الخطيب - المرجع السابق - ص٢١ .

أولاً – القضاء الفرنسى والمختلط :

الراجح فى القضاء الفرنسى – ومن ورائه قضاء المحاكم المختلطة الملغاة فى ١٩٤٩/١٠/١٤ – إعتبار أن الخطبة لا تكون عقداً ولا ينشأ عنها إرتباطاً قانونى ، وأن العدول لا يترتب عليه مسئولية تعاقدية لانعدام العقد، ولكن قد يترتب عليه مسئولية تقصيرية إذا اقترن بخطأ من جانب من عدل يدخل فى عداد الأفعال المعتبرة من قبيل الجنح المدنية أو أشباهها مما يستوجب التعويض (١) ، وذلك تأسيساً على أن الزواج فى ذاته من مظاهر الحرية الفردية ، وأن العدول عن هذا الزواج من مظاهر هذه الحرية فلا يمكن أن يكون استعمال هذه المظاهر محلاً لإساءة تستوجب التعويض ، لأنها من الحريات التى تتصل بالنظام العام .

ثانياً – الفقه الفرنسى :

١٨٧– ويذهب البعض إلى إعتبار الخطبة عقداً ملزماً للجانبين يوجب عدم الوفاء به ترتب التعويض .

بينما يرى البعض الآخر فى الفقه الفرنسى أن الخطبة تخلق صلة قانونية من نوع خاص .

بينما يذهب الرأى الراجح إلى أن كل من يعدل بغير سبب مشروع عن وعد بالزواج فيسبب بخطئه ضرراً للآخر يجب عليه إصلاح هذا الضرر(٢).

---

(١) من الصور التى قضت فيها المحاكم الفرنسية بالتعويض عن فسخ الخطبة ، إلغاء الخطبة فجأة وفى مظهر عنيف . أو لغير باعث مشروع ، لمجرد الهوى بحيث يحدث للطرف الآخر ضرر مادى أو غيره كمصاريف أدوات الزينة وإعداد العريس بترك العمل أو الوظيفة ، أو قارن الفسخ ظروف مكونة لخطأ ضار (كالاعتداء على المخطوبة) ، أو مجرد الخفة والطيش فى الفسخ وعلى الأخص إذا حصل ليلة العرس ، أو كان العدول بعد أن طالت مدة الخطبة طولاً ملحوظاً (نظرية سوء استعمال الحقوق – للأستاذ حسين عامر – طبعة ١ – ١٩٤٧ – ص٢٠٣ وما بعدها والمرجع والأحكام العديدة التى اشار إليها فى الهامش) ومدى استعمال حقوق الزوجية – للدكتور السعيد مصطفى – ص٦٦ ، والطبيعة القانونية للخطبة – للدكتور توفيق حسن – ص١٢٢ وما بعدها .

(٢) ديموج – فى الإلتزامات – الجزء ٢ – ص٤١ وما بعدها ، ومارتين – جزء ٦ بند ٢٩٣ وما بعده .

ثالثاً – القضاء المصرى :

١٨٨– أما القضاء المصرى فقد ترددت أحكامه إلى آراء ثلاثة :

الأول– يذهب إلى أن الفسخ فى ذاته ، وإن لم يكن موجباً للتعويض فإن الظروف التى تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة التعويض (١) .

والثانى – يقول بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد وأن الإساءة فى استعماله تستوجب الحكم على المسىء بالتعويض (٢) .

والثالث – يقول بأنه لا يمكن أن يترتب على فسخ الخطبة فى حق ما فى أى تعويض (٣) .

---

(١) أنظر فى استعراض حجج هذه الآراء الثلاثة وتطبيقاً من أحكام المحاكم : مدى استعمال حقوق الزوجية – للدكتور السعيد مصطفى السعيد – ص٦٧ وما بعدها، ونظرية سوء استعمال الحقوق – للأستاذ حسين عامر – ص٢٠٥ – والطبيعة القانونية للخطبة – للدكتور توفيق حسن فرج – ص١٢٩، وخطبة النساء – للدكتور عبد الناصر توفيق العطار – ص١٦٤ .

(٢) ويعلل أصحاب الرأى الثانى مذهبهم بأنه وإن كانت الخطبة ليست عقداً يربط الطرفين لا يفيد براءة الخاطب من المسئولية المدنية عن الضرر الذى يلحقه بمخطوبته إذا هو أساء العدول كما لو أطال الخطبة ظاهراً بمظهر زوج المستقبل فانصرف عنها طالبو الزواج ، ولما كان مشروعية حق العدول عن الخطبة ، مناطها تفادى الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه ، إلا أن القوانين لا تحمى عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ ، إذ تزول – فى هذه الحالة – عن العدول صفة (الحق) ليصبح مجرد (فعل) تترتب على فاعله المسئولية إذا ترتب عليه (ضرر) ، (الزواج لزهدى يكن) – ص١٣٢ ، والزواج – لأنور الخطيب – ص٢) .

(٣) وحجة الرأى الذى ينفى التعويض عن العدول عن فسخ الخطبة أن فسخ الخطبة أمر مباح ولا سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل عن خطبته مسئولية عمل مشروع مباح له والقضاء ممنوع من تقييد المباحات فى أحكام الأحوال الشخصية– للدكتور محمد يوسف موسى– ص٥٤) ومن تطبيقات نفاة التعويض عن فسخ الخطبة ما قضت به محكمة إستئناف مصر من أن الخطبة شرعاً ما هى إلا وعد بالزواج ، فهى مجردة شرعاً من كل اعتبار قانونى ، وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التى لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من المضار، وأن الخاطب يعتبر أجنبياً عن المخطوبة (إستئناف مصر – جلسة ١٩٣٠/٦/٣٠– المحاماة– السنة ٦٦– رقم ٣١٣ – ص٦٢٦) وأن الأصل فى الحقوق أن تكون مطلقة فلا تقيد إلا بما تقيدا به القوانين والشرائع المرعية لمصلحة =

١٨٩- **أما قضاء النقض** ، فإن له فى التعويض عن فسخ الخطبة ، ورد الهدايا ، أحكاماً :

(أ) فقد أطرد قضاؤه فى التعويض عن فسخ الخطبة على أن الخطبة ليست بعقد ملزم ، ولذا فإن مجرد العدول عنها لا يكون سبباً للتعويض إلا إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال الحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، فيجوز عندئذ الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

١- فقد قضت بأنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاته ومستقلة عنه إستقلالاً تامًا ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر ، فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص إبنته بنصيبها فى مال حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولاً طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت عليه الحكم عليه بالتعويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقاً بالعدول ذاته ومجرداً عن أى فعل خاطىء مستقل عنه . فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض (١) .

٢- وقضت أيضاً (٢) بأن استطالة أمد الخطبة فى الزواج والإحجام عن

= المجموع أو لمنع الضرر والتمتع بالحقوق بما لا يخرج عن الحدود التى ترسمها القوانين ، لأوجب المؤاخذة أمام القضاء ، حتى ولو ترتب عليه أحياناً مضايقة للغير أو الإضرار به (إستئناف مصر - جلسة ١٩٣١/١٢/١٧ - المحاماة - السنة ١٢ - رقم ٤٢٢ - ص٨٠٥) ويقول الأستاذ حسين عامر أن فى الحكم الأخير تناقضا (نظرية سوء استعمال الحقوق - المرجع السابق - ص٢٠٧ هامش ٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ - الطعن رقم ٣٨ ، السنة ٣٥ القضائية - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ مدنى - العدد ١ - ص ٣٥٩ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ - الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ٧٢ القضائية - مجموعة المكتب الفنى- السنة ١٣ - مدنى - العدد ٣ - ص١٠٣٨ .

إتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول ، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببًا موجبًا للتعويض مهما إستطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين(١) .

١٩٠ – (ب) أما بالنسبة **للهدايا والشبكة** فقد إختلف قضاء محكمة النقض على النحو التالى :

١ – فقد قضت (٢) بأن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما ، أن يعدل عنه فى أى وقت شاء خصوصًا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمتها افعال أخرى مستقلة عنهما إستقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو ادبيًا بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أنها هى فى حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبة للتعويض .

---

(١) وحاصل قضاء النقض أنه يتجه إلى اعتبار مسئولية إنهاء الخطبة بالعدول عنها مسئولية تقصيرية ، تماماً مثلما إتجه إليه القضاء الفرنسى (الطبيعة القانونية للخطبة) – للدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص١٢٩ وما بعدها ، والمراجع العديدة المشار إليها فيه) . ويؤيد الفقه الإسلامى وفقه القانون الحديث ما أخذ به القضاء الفرنسى والقضاء المصرى فى هذا الصدد (محاضرات فى الزواج وآثاره – لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة – ص٦٠ وما بعدها ، والطبيعة القانونية – للخطبة – للدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص١٣٤ وما بعدها ، ومدى استعمال حقوق الزوجية – الدكتور السعيد مصطفى السعيد – المرجع السابق – ص٧٠ وما بعدها ، والوسيط – للدكتور السنهورى – جزء ١ – طبعة ١ – ص١٢٧ وما بعدها ، وخطبة النساء للدكتور عبد الناصر العطار – ص١٧٦) .

(٢) نقض – جلسة ١٤/١٢/١٩٣١– الطعن ١٣ لسنة ٩ق – مجموعة القواعد القانونية – مدنى – جزء ١ – ص١١٨ .

٢- وقضت أيضًا (١) بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد إستند إلى الخطابات الصادرة من الطاعن ، والفواتير المتعلقة بجهاز المطعون عليها ، وإقرار الطاعن نفسه - فى تقرير مسئوليته عن الأشياء والنقود التى سلمت إليه من جهاز المطعون عليها وملابسها التى أعدت لزواجها أثناء الخطبة ، كما إستندت إليه أيضاً فيما إنتهى إليه من تقرير المجلس الملى للجهاز والملابس ، هو تقدير صائب لا مغالاة فيه ، وكان ما ورد بالحكم المطعون فيه بشأن ما جاء فى دعوى رفعها الطاعن من أن حكم المجلس الملى قد حاز قوته القانونية فيما إنتهى إليه من أحقية المطعون عليها للجهاز ، لا يعدو أن يكون تقريراً لما ورد فيه لا أساساً من الأسس التى بنى عليها الحكم المطعون فيه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد بنى على أساس سليم وأدلة سائغة ويكون النعى عليه بمخالفة القانون وبالقصور وبالخطأ فى الإسناد لا أساس له .

٣- وقضت (١) بأن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر أثناء فترة الخطبة تعتبر من قبيل الهبة لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه إذ يتم الزواج صحيحًا بدونها ولا يتوقف عليها ، ولذلك فإن القضاء بردها يخرج عن إختصاص (المحاكم الروحية) وعلى ذلك فإن المحكمة الروحية إذ قضت فى حكمها المطعون فيه بإلزام الطاعنة بأداء مبلغ معين فى مقابل تلك الهدايا ، تكون قد فصلت فى نزاع خارج عن ولايتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة إلى مناقشة بقية أوجه الطعن .

رابعًا - الفقه المصرى :

١٩١- لقد ثار الخلاف بين الشراح كذلك حول مدى التعويض عن استعمال الخاطب أو المخطوبة لحق فسخ الخطبة ، وانقسمت آراؤهم على

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ ، الطعن ٤٣٨ لسنة ٢٥ق ، مجموعة المكتب الفنى- السنة ١١ ، ص٣٥٩ وما بعدها .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦١/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٢ ، العدد ٢ ، مدنى - ص٣٣٩ و ٣٤٠ .

نحو ما ذهبت إليه المحاكم (١) .

فيذهب أستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة (٢) إلى أنه لا يقر الرأى الذى يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق ، ولا الرأى الذى يمنحه بإطلاق بل يقول قولاً وسطاً فيقرر أن العدول عن الخطبة فى ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق ، والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن يكون الخاطب قد تسبب فى أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب هو نوعاً من الجهاز أو تطلب هى إعداد المسكن ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذى عدل غير مجرد الخطبة فيعوض ، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض .

ويرى أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى (٣) أن مجرد العدول عن الخطبة حق العادل . فلا ينبغى أن يترتب على الضرر الذى يصيب الطرف الآخر بسبب ذلك العدول تعويض ، لأن العادل لم يكن إلا مستعملاً حقه فى هذه الحالة ، واستعمال الحق لا يوجب الضمان . أما الضرر الذى لم يكن لاستعمال الحق دخل فيه ، فهذا يجب أن يعوض عنه عملاً بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » .

ويرى أستاذنا العميد الدكتور السعيد مصطفى السعيد (٤) أن أصح الآراء هو الرأى الذى يقرر مبدأ المسئولية عن فسخ الخطبة على أساس سوء

---

(١) مدى استعمال الحقوق الزوجية ، للدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص٨٨ ، ٨٩ .

(٢) الأحوال الشخصية ، الزواج ، ص٢٠ وما بعدها ، وقارن : أبحاث تعويض الزوجة من الإخلال بوعد الزواج ، للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، الجريدة القضائية ، السنة ١ ، العدد ٤ ، ص٢و٣ ، والمخطوبة التى يهجرها الخطيب فى الفقه الإسلامى ونظرية التعويض ، للأستاذ أحمد محمد الأزهرى المحامى ، الجريدة القضائية ، السنة ١ ، العدد ١١ ، ص١و٢ ، وهل يدفع الخاطب تعويضاً لمخطوبته إذا أخل بوعد الخطبة – فتوى شرعية – للشيخ محمد نجيب المطيعى – مجلة المحاماة الشرعية ، السنة ١ ، ص٤٤ .

(٣) الأحوال الشخصية – الشيخ محمد زكريا البرديسى – المرجع السابق – ص١٦ .

(٤) مدى استعمال حقوق الزوجية – للدكتور السعيد مصطفى السعيد – المرجع السابق – ص١١٧ .

استعمال الحق ، باعتبار أن حق العدول عن الخطبة لم يشرع إلا لمسوغ يقتضيه (١) عندما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المألوفة ، فقد وافق الشريعة الإسلامية بكونه لم يجرد الخطبة من كل أثر قانونى ، بل أنها طبقاً لهذا الرأى تعتبر إتفاقاً مستحبًا ينشأ عنه إرتباط ، وأن العدول عن الخطبة حق ولكنه مقيد فى استعماله بوجوب أن يكون مطابقًا للحكمة الغالية التى من أجلها شرع ، حقيقة أن هناك حقًا فى العدول مما يشعر بإنعدام الأساس التعاقدى للمسئولية إذا ما وجدت ، ولكن هذا الحق مقيد بالقيد الذى أشرنا إليه وهو عدم الإساءة ، فإذا أسىء فى استعمال هذا الحق أى حق العدول لم يكن الفعل تطبيقاً لهذا الحق الذى يكون غير قائم لعدم قيام موجبه ، وبذلك يكون تصرف الناكل منافياً لتعهده وموجباً لمسئوليته على أساس العقد .

ويرى المستشار حسين عامر (٢) أن الخطبة تنشىء خلافات بين طرفين لا يمكن تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ، ولا تجريدها من أى تقدير قانونى ، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو إرتباط قانونى وعقد كامل ، يلتزم فيه كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم ، وليس ثمة ما يوجب وفاء الإلتزام عيناً ، أى إجراء التعاقد النهائى ، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشىء إلا حقاً شخصياً فليس لأى الطرفين قبل الآخر إلا المطالبة بالتعويض عن الرجوع فى هذا الوعد ، وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أن يعدل عن وعده ، ولكنه ، إذا أساء استعمال ذلك فإنه يجب مساءلته وإلزامه بالتعويض .

---

(١) ويرى الأستاذ حسنى نصار أنه يشترط فى طلب التعويض عن فسخ الخطبة أو العدول عن الوعد بالزواج ، شرطان :

الأول – أن يقع العدول دون مبرر جدى صحيح وفى وقت غير مناسب .

الثانى – أن يقع العدول دون مبرر أدبى أو مادى نتيجة لهذا العدول (حقوق المرأة – المرجع السابق – رقم ٤٤٦ – ص٢٨٧) .

(٢) نظرية سوء استعمال الحقوق – المرجع السابق – رقم ٢٥٧ – ص٣٠٠ .

٢٠- والرأى عندى (١) أن فسخ الخطبة حق مقيد ، وإن إساءة استعماله تستوجب الحكم على الطرف المسيء بالتعويض ، ذلك أن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذى يراه ، بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة استعمالها ومن ثم يكون الطرف الفاسخ للخطبة مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر متى ثبت تعسفه فى استعمال حق فسخ الخطبة ولحق الضرر بالطرف الآخر من جراء هذا الفسخ ، طبقًا لأحكام المسئولية التقصيرية وإعمالاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وقيام تلك الأركان أو عدم قيامها مسألة موضوعية لقاضى الموضوع أن يستجليها .

أحكام الزواج :

١٩٢- الزواج فى الشريعة الإسلامية هو عقد يفيد حل إستمتاع الرجل بالمرأة لم يمنع العقد عليها مانع شرعى ، وقد أورد الفقهاء له تعريفات عديدة (٢) .

وقد شرع الزواج لتحقيق غايتين :

الأولى - إئتناس الرجل بالمرأة لتسود بينهما المودة والرحمة والتعاون على النهوض بأعباء الحياة - قال تعالى : « ومن أياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

---

(١) كتابنا المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - طبعة ١٩٦٣ - ص١٠١ ، ومقالنا عن فسخ الخطبة - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٩ - ص٦٨ وما بعدها ، وقارن : الوسيط - جزء ١ - مصادر الإلتزام - للدكتور السنهورى - طبعة ١ - المرجع السابق - ص٨٤٤ و ٨٤٥ .

(٢) الأحوال الشخصية - لأستاذنا الجليل الشيخ عبد الوهاب خلاف - ص٣ ، والأحوال الشخصية - قسم الزواج - لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة - ص٩٦ . وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص٧ ، وشرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية ، للقاضى أنور العمروسى - ص١٠٤ وما بعدها ، والمراجع العديدة التى أشار إليها .

الثانية – التناسل المبنى على رباط مقدس ، يبقى به النوع الإنسانى على وجه لا تخلط فيه الأنساب لو تم عن غير طريقه . قال تعالى : «فالآن باشروهن وإبتغوا ما كتب الله لكم » . وقال سبحانه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ، ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون » .

وأحكام الزواج كثيرة ومتعددة أيضًا من حيث الصحة والفساد والبطلان ونحوها ، وليس هنا مجال بحثها لأنها فى جوهرها أحكام موضوعية ، وسوف نستعرض من منازعات الزواج ما طرح على المحاكم الشرعية بما يلقى الضوء على الأصول الإجرائية .

فقد قضى (١) بأنه إذا تم عقد الزواج مقيداً بأن يكون أمر الزوجة بيدها تطلق نفسها متى شاءت وكانت هى البادئة بالإيجاب المقيد بهذا الشرط ، وقبل الزواج ، كان كل من النكاح والتفويض صحيحاً بخلاف العكس .

يصح زواج الحامل من الزنا ، أما الحامل من غيره ، فلا يصح العقد عليها لثبوت الحمل ووجوب العدة عليها حينئذ ، والعقد على المعتدة غير صحيح، ويكون من قبيل النكاح الفاسد إن كان لا يعلم حالها ، أما لو علم حالها وأنها معتدة من الغير فإنه يكون باطلاً لا ينعقد أصلاً ويجب بالدخول الحد لأنه زنا .

وإذا إدعى الزوج فساد النكاح يقبل قوله فى حق الفرقة لأنه طلقها ، فإن أقام البينة على الفساد سقطت النفقة ، لأن النكاح الفاسد لا يوجب النفقة فله الرجوع بما انفق بأمر القاضى لأنها أخذته بغير حق (٢) .

إذا ثبت أن النكاح باطل وجب التفريق بين الزوجين شرعاً إن لم يتفرقا، لأن هذا حق يجب على القاضى الأمر به ولو لم يطلب فى الخصومة (٣).

إذا إختلف الزوجان فى الخلوة كان القول للزوج والبينة على الزوجة ، وإذا أصرت على أن القول لها وعليه البينة بعد تكليفها بالإثبات تعتبر عاجزة عن الإثبات – ولا تثبت الخلوة بالقرائن ولابد من بينة صحيحة ، وتحليف

---

(١) طنطا الابتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٧/١١/١٥ – المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين – للأستاذ صالح حنفى – جزء ١ – ص٦٠ .

(٢) الضواحى الشرعية – جلسة ١٩٣٨/٨/٢ – المرجع السابق – ص ٦٠ .

(٣) المنصورة الابتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٣/٢٦ – المرجع السابق – ص٦٠ .

الزوج على نفى الخلوة لا يكون إلا بطلبها (١) .

وثيقة الزواج ورقة رسمية ملزمة للزوجين بكل محتوياتها شرعًا وحجة عليهما ، فإذا فقدت رسميتها فى جزء آخر غير العقد والقبض فلا أقل من أن تكون فى هذا القدر ورقة عرفية معترفاً بها .

والمنع من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة الوارد فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ منع عام لا يشمل دعوى الزوجية التى يقصد منها إثبات دعوى الزواج فحسب بل والدعاوى التى يطلب بها شىء من آثار عقد الزواج كالنفقة والطاعة ولا يقصد بهذا المنع ضياع حقوقها بل يكون بمثابة التأجيل للمطالبة بها زجراً لهما لمخالفتهما القانون ، والقول بأن المنع قاصر على دعوى الزوجية نفسها قول من غير دليل (٢) .

المسيحية المتزوجة بمسيحى إذا أسلمت وبقى زوجها المسيحى على دينه لا يصح أن يتزوجها مسلم قبل أن يصدر حكم بالتفريق بينها وبين زوجها الأول ، (إبن عابدين – جزء ٢ – ص٣٢٩) وإذا حدث مثل هذا فعلى القاضى أن يأمر بالتفريق بينهما (٣) .

إذا باشر الصبى المميز عقد زواجه بنفسه كان موقوفاً على إجازة وليه، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل (٤) .

إذا رأى الشاهد رجلاً وإمرأة يسكنان بيتاً ، وينبسط كل واحد إلى الآخر إنبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها أمرأته .

المنصوص عليه شرعًا أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم ، عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم فهى أمرأته ، وإلا فرق القاضى بينهما .

---

(١) المنشية الشرعية – جلسة ١٩٤٤/٣/٤ – المرجع السابق – ص٦٣ .
(٢) سوهاج الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٧٩/٢/٢ – المرجع السابق – ص٦٤ .
(٣) أسيوط الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٤٧/١/٧ – المرجع السابق – ص٦٤ .
(٤) طنطا الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٩/١٣ – المرجع السابق – ص٦٥ .

المحكمة المختصة بنظر دعوى فسخ عقد الزواج :

وقد قضى فى دعوى فسخ عقد زواج أقامها المدعى ضد المدعى عليها طالبًا الحكم بفسخ زواجهما المعقود فى ١٠/١٠/١٩٧٤ لدى مأذون ناحية دمنهور شبرا مع إلزامها بالمصاريف الأتعاب والنفاذ ، على أساس أنها قررت بالعقد أنها بكر ، غير أنه نما إلى علمه بأنها ثيب وليست بكراً ...

وبجلسة ٢٥/٥/١٩٧٥ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصاريف ومائة قرش مقابل أتعاب المحاماة (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ قد نقلت الإختصاص للمحكمة الابتدائية فى الطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها ودعوى النسب فى غير الوقف ، وإستبقت للمحكمة الجزئية باقى الإختصاص المبين فى المادة السادسة من لائحة المحاكم الشرعية ومنه الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية ، وأن المقصود بالزواج ذات العقد من حيث صحته وفساده وبطلانه - لما كان ذلك ، وكان فسخ عقد الزواج فى نطاق أرجح الأقوال فى فقه المذهب الحنفى لا يثبت للزوج لعيب فى زوجته إكتفاء بما له من حق الطلاق ، وإنما يثبت هذا الحق للزوجة إذا وجدت بمن تزوجته عيباً من العيوب والأدواء إذ كان ذلك ، وكان الحكم قد أسس قضاءه فى الموضوع على القول بأنه لا يتخير أحد الزوجين بعيب الآخر ، فإنه يكون قد أقيم على أساس قانونى خاطىء.

أصول شرعية فى الزواج (المسلمين وغير المسلمين):

١- المقرر شرعًا أنه إذا لم تثبت وكالة من تولى العقد عن الزوجة ، فإنه يعتبر فضولياً يبقى عقد الزواج موقوفاً على إجازة الزوجة ، فإن لم تجزه إنفسخ ويحق لها أن ترفع دعوى بطلب بطلانه .

٢- المقرر شرعًا أن من يملك تصرفاً من التصرفات فإن له أن يوكل فيه غيره إذا كان هذا التصرف مما تجوز الوكالة والإنابة كالزواج ، فللرجل

---

(١) شبرا الخيمة - جلسة ٢٥/٥/١٩٧٥ - القضية ١٧٦ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس جزئى .

والمرأة إذا كانا بالغين عاقلين أن ينيبا عنهما غيرهما فى تزويجهما ، وتنصرف آثار التصرف إلى الموكل أى إلى الزوج والزوجة ، ولا تنصرف إلى الوكيل ، فلا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة إلى الزوج ، كما لا يطالب بمهرها ، ولا بأداء نفقتها ، فإذا وكل الزوج غيره فى تزويجه وفوض إليه الرأى فى إختيار الزوجة التى يراها ، فاختار لها زوجة بها عيب أو عاهة ، فإن الإمام أبا حنيفة يرى صحة هذا الزواج ، وأنه لا يجوز للزوج أن يرده ، تأسيساً على أن الزوج مطلق حرية الإختيار للوكيل ولم يقيده بقيد معين، ويرى الإمامان أبو يوسف ومحمد أنه يتعين لنفاذ هذا العقد أن تكون الزوجة خالية من العيوب والعاهات ، إستناداً إلى أن التوكيل وإن كان طليقاً من كل قيد ، إلا أنه مقيد بالعرف، والعرف الذى تعارف عليه الناس أن من يريد الزواج يختار عادة الزوجة الخالية من العيوب السليمة من العاهات ومن القواعد الفقهية أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . ويجرى العمل على رأى الإمامين أبى يوسف ومحمد .

٣- إقرار المدعى عليه - قبل وفاته بمحضر الجلسة - بزوجته المدعية هو إقرار قضائى ملزم يحاج به ورثته ، وتترتب عليه كل الآثار الشرعية من إستحقاق الزوجة فى معاشه وتركته ، ولا يغير من ذلك وفاة الزوج قبل صدور حكم بالنفقة لزوجته المدعية .

٤- عقد زواج المطلق بأخت المطلقة لأبيها التى أسقطت جنيناً مستبين الخلقة ، هو زواج صحيح ونافذ ، طالما أنه وقع بعد الإجهاض ، ذلك أن المقرر شرعاً أن عدة المطلقة تنقضى بوضع جنينها المتخلق ، حيث يقدر الفقهاء لإستبانة خلقة الجنين أربعة أشهر تقريباً ، إذا كان ذلك ، وكان الثابت أن المدعية - فى دعوى إبطال عقد زواج المطلق بأخت المطلقة لأبيها - قد أجهضت بعد مدة حمل إستدامت أربعة أشهر وأيام ، بما يؤكد أن السقط كان مستبين الخلق ، وتكون عدة المدعية قد إنقضت به ، وإذا كان زواج المطلق بأخت المدعية لأبيها بعد السقط بثلاثة أشهر ، فإن هذا العقد يكون قد وقع صحيحاً ونافذاً ، وتضحى دعوى المدعية على غير سند مستوجبة الرفض .

٥- المقرر شرعاً أن زواج المسلم بالمسيحية الشرقية المتزوجة بزوج

مسيحى مشروط بأن يسبقه إشهار إسلامها ثم ترفع دعوى تعرض فيها الإسلام على زوجها ، فإذا أبى الإسلام حكم بالتفريق بينهما ، وبعد إنقضاء العدة تكون أهلاً للزواج .

٦- إذا كانت الأخت المطلوب ضمها إلى أخيها لأبيها قد تزوجت ، وتدخل الزوج فى دعوى الضم وقدم عقد زواجه بها ، فإن دعوى الضم تكون مستوجبة الرفض ، لأن المقرر شرعًا أن طاعة الزوج مقدمة على الحق فى طلب الضم الذى من شأنه أن يفوت على الزوج الحق فى إحتباس الزوجة فى مصالحه .

٧- الكفاءة شرط فى صحة الزواج فى مذهب أبى حنيفة وهو المذهب المعمول به فى قضاء الأحوال الشخصية فى جمهورية مصر العربية ، ولكنها تعتبر فى جانب الزوج دون الزوجة .

٨- دعوى القيم على شقيقه المحجور عليه للسفه ، بطلب بطلان عقد زواج الأخير من راقصة تكون غير مسموعة شرعاً ، لوقوع هذا العقد صحيحًا ونافذاً ، ذلك لما هو مقرر من أن حكم الحجر لا يتناول إلا التصرفات المالية ، أما ما عداها من التصرفات (كالزواج والطلاق) ، فإن أهلية المحجور عليه للسفه تكون كاملة بالنسبة لها .

٩- المقرر شرعاً أن لعقد الزواج أركاناً وشروطاً ، فمن أركانه الإيجاب والقبول ، ومن شروطه الإشهاد عليه ، وأئمة المذاهب الأربعة متفقون على أن الزواج لا يصح بدون الشهادة عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح إلا بشهود » ولقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل » . ويشترط فى الشهادة أن تكون من رجلين أو رجل وأمرأتين وعلة إشتراط الشهادة على الزواج ما للزوج فى الإسلام من شأن وخطر ، وما يترتب عليه من آثار دينية ودنيوية ، فكان لازمًا إذاعته وإشهاد الناس له وللعلم به تشريفاً له وتكريماً ، بحيث يترتب على تخلف الشهادة إعتبار عقد الزواج فاسداً ، والعقد الفاسد لا يحل معه للزوج أن يدخل بالزوجة ولا تترتب عليه آثار للزوجية ..

١٠- الزواج العرفى سواء أكان محرراً فى ورقة أم تم مشافهة ، لا

يرتب حقًا لأى من الزوجين قبل الآخر ، فلا تجب نفقة للزوجة على زوجها، ولا حق فى طاعتها ، ولا يرث أحدهما الآخر ، ولكنه مع ذلك يثبت به نسب الأولاد الذين يولدون نتيجة له ، ويثبت نسبهم بكافة طرق الإثبات.

١١- المقرر شرعًا أنه بوفاة الزوجة قبل الدخول تستحق كل المهر (مقدمه ومؤخره) ، ولورثتها إقتضاؤه من زوجها ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، أو إختلى بها أو لم يختلى ، وتثبت فى ذمته كذلك نفقتها عن المدة من تاريخ العقد حتى تاريخ الوفاة إذا كان لم يؤد إليها مقابل عن تلك المدة .

١٢- المقرر شرعًا وقانونًا أنه إذا ثبت أن أحد الزوجين لم يكن ممثلاً فى عقد الزواج لا بنفسه ولا بوكيل عنه ، وأن شخصًا آخر إنتحل شخصيته، فإن عقد الزواج لا ينعقد ويقع باطلاً ، لما هو مقرر فقهاً من أن عقد الزواج عقد رضائى ، ولابد فيه من إلتقاء إرادتى العاقدين له على معناه وبشروط معينة .

١٣- المقرر شرعاً أن من تزوج إمرأة وإختلى بها فقط ثم طلقها ، لا يحرم عليه الزواج من إبنتها بعد أن تنتهى عدة الأم ، ما دام لم يدخل بها ، ذلك لأن تحريم زواج إبنة الزوجة مقصور على حالة ما إذا كان الزوج دخل بالأم دخولاً حقيقياً ، لقوله تعالى : (حرمت عليكم ... وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) .

١٤- المقرر شرعًا أنه يشترط لصحة الزواج الا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتًا ، والا يقوم بالرجل سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين الأختين .

كما أن المقرر شرعًا أنه إذا تزوج رجل بإحدى الأختين بعد الأخرى صح زواج الأولى ، وفسد زواج الثانية ، وكان عليه أن يفارقها وإلا فرق القاضى بينهما ، فإن فارقها بعد الدخول ، فيجب عليه مهرها وعليها أن تعتد ويثبت النسب ، ويعتزل الزوجة الأولى حتى تنقضى عدة الثانية ، فإذا تزوج الأخت الثانية فى عدة الأخت الأولى ، وكان طلاقها رجعيًا لا تنقضى به الزوجية ، فإنه يتعين أن يطلق الثانية ، ثم بعد إنقضاء عدة الأولى يعقد زواجاً جديداً على الأخت الثانية .

١٥- المقرر شرعًا أنه إذا تزوج مسلم بنصرانية ثم تهودت أو بيهودية ثم تنصرت ، فإن زواجهما لا يفسد ولا ينفسخ ، بل يظل قائمًا نافذاً ، لأن التغيير هو إلى كتابية وزواج المسلم بالكتابية صحيح .

١٦- إذا أقرت المطلقة ، طلاقاً مكملاً للثلاث ، بأن عدتها قد إنقضت من زوجها الثانى(المحلل) ، فإنها تصدق إذا كانت المدة الفاصلة بين طلاقها من زوجها الثانى وإقرارها بإنقضاء العدة تحتمل ذلك ، فإذا تزوجها كان زواجه بها صحيحاً ، ودليلاً على تصديقه لها ، وإعترافاً بصحة زواجه منها وبأنها تحل له ، فإذا عاد بعد ذلك منكراً واقعة دخولها بزوجها الثانى وبأنها بسبب ذلك لا تحل له ولا تجب لها النفقة عليه ، فإنه يكون متناقضًا مع نفسه ، وساعيًا لنقض ما تم صحيحًا من جانبه ، فسعيه مردود عليه ، ولكنه مع ذلك يعامل بإقراره ويفرق بينهما وفى ذات الوقت يقضى عليه بنفقة تلك الزوجة .

١٧- المتفق عليه فقهاً أنه إذا لم تثبت وكالة من تولى العقد عن الزوجة، كان فضولياً ، وينعقد الزواج موقوفاً على إجازة الزوجة ، فإن قبلته نفذ ، وإن ردته إرتد . وترتيباً على ذلك فإن أمكن إثبات أن المدعية لم توكل أخاها غير الشقيق فى تزويجها بإبن خالته الأمى - وهى الجامعية - فإن العقد يكون واجب الفسخ ولا ينفذ .

١٨- المقرر شرعًا أن الوعد والإستيعاد لا ينعقد به الزواج ، فضلاً عن أن الزواج لا يصح تعليقه على شرط ولا إضافته إلى المستقبل .

١٩- المقرر فقهًا أنه لو وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة بمهر معين ، فزوجه غيرها أو زوجه على مهر أكثر مما إتفق عليه . كان العقد موقوفًا على إجازة الموكل - لما كان ذلك فإن العقد الذى أجراه والد الزوج المهاجر بوكالة عنه بتزويجه من قريبة له ، غير تلك التى إختارها إبنه ، لا يعتبر نافذاً إلا بإجازة الموكل وموافقته عليه .

٢٠- إذا كان الثابت أن الزوج طلق زوجته مرات بحيث أصبحت لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره ويدخل بها دخولاً حقيقيًا ويطلقها بمشيئته وبمحض إرادته وإختياره ، وكان الزوجان قد تحايلا على ذلك ولجأ

إلى مأذون ناحية نائية وقررا له بخلوهما من الموانع الشرعية والنظامية ، وأن الزوجة بكر لم يسبق لها زواج ، وأنهما تزوجا وتعاشرا بناء على العقد الأخير ، فإن هذا العقد يكون قد وقع باطلاً ، ويحق لكل مسلم أن يقيم دعوى التفريق بين الزوجين وهى الدعوى المعروفة بدعوى الحسبة التى تكون عادة فيما كان حق الله فيه هو الغالب ، ويكون التفريق بين زوجين وقع زواجهما فاسداً أو باطلاً من الحقوق التى يغلب فيها حق الله .

٢١- لا يحل لمسلمة أن تتزوج بغير المسلم ، ويقع عقد زواجهما باطلاً غير منعقد ، ولا يصحح هذا البطلان أن يشهر الزوج إسلامه بعد عقد الزواج ، ولابد له بعد إسلامه من إجراء عقد زواج جديد .

٢٢- المقرر شرعًا أن الوعد والإستيعاد لا ينعقد به الزواج ، كما لا يصح تعليقه بالشروط ولا إضافته للمستقبل .

٢٣- إذا عقد الزواج بين أقارب الدماء ، فإنه طبقًا للقانون المدنى اليونانى يكون باطلاً إلى الدرجة الرابعة ، ويستثنى من ذلك الزوجة الحسنة النية ويستدل على حسن نيتها إذا حصلت على تصريح بالزواج من البطريرك وكانت تؤمن بأن زواجها مسموح له . على أن الحكم ببطلان الزواج لا يكون إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب أثره على الماضى ، بل يعتبر الزواج صحيحاً منتجاً لكل آثاره ومنها النسب والميراث .

٢٤- إذا تكشف للزوج بعد حفل الزفاف أن العروس غير من رآها قبل عقد القران ، فالمقرر شرعاً أن قضايا الأحوال الشخصية فى مصر يحكمها راجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، وعلماء هذا المذهب يرون أنه لا خيار للزوج فى فسخ عقد الزواج لأنه لا يملك الطلاق ويتحمل كل آثاره . وقد جاء بكتاب (فتح القدير) وهو من الكتب المعتمدة فى مذهب الحنفية ما يلى:

(لو شرط الزوج وصفاً مرغوباً فيه البكارة والجمال والرشاقة وصغر السن ، فظهرت الزوجة سيدة مسنة شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له فى النكاح) : غير أنه جاء فى بعض كتب الحنفية كذلك أنه إذا حكم القاضى فى هذه الحالة بفسخ النكاح صح حكمه .

ويرى الإمام إبن حزم (١) إنه إذا شرط أحد الزوجين السلامة من العيوب ، فالشرط صحيح لازم . فإذا ظهر للمشترط خلاف ما شرط فالعقد باطل ولا يترتب عليه أثر من نفقة وصداق وميراث .

٢٥- شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تجعل من فارق السن بين الزوجة والزوج موجباً لبطلان عقد الزواج ، كما لا تعرفه سبباً للتطليق .

٢٦- لا يترتب على مخالفة القانون الذى يحدد سن الزواج للبنت بست عشرة سنة وللزوج بثمانى عشرة بطلان عقد الزواج أو فسخه ، فزواجهما صحيح شرعاً إذا كان مستوفياً لأركانه وشروطه الشرعية ، فإذا كان قد تم أمام المحكمة الشرعية فى البلد العربى الذى إنعقد فيه كان صحيحاً شرعاً .

إنما الآثار التى تترتب على مخالفة القانون فهى العقوبة الجنائية لمن تعمد إخفاء حقيقة السن ، وعدم سماع دعوى الزوجية والدعاوى التى تترتب عليها كالنفقة والطاعة والطلاق لو أرادت الزوجة أن تطلبها ، ويبقى المنع قائماً إلى أن تتجاوز سنها الحد المقرر قانوناً ، فإن تجاوزاه ، كان لهما الحق فى التقاضى ، فلها أن ترفع دعوى بطلب النفقة ، وله أن ينذرها بالدخول فى طاعته ، ولها أن تطلب التطليق منه إذا توافر لديها سبب من أسباب التطليق المقررة فى القانون .

٢٧- إثبات عقد الزواج العرفى يكون بالشهود وقرائن الأحوال من المعاشرة الزوجية تنفيذاً له وليس بلازم أن يشهد الشهود بحضور مجلس العقد ولا وقت التوقيع عليه فالزواج من الأمور التى يجوز فيها الشهادة السماعية شرعاً .

فإذا كان الثابت رسمياً أن الزوج هو الذى أبلغ عن ولادة الطفل فإن ذلك يعتبر إقراراً منه بنسب الطفل إليه ، يؤكد ذلك وبقيمة ما ثبت من الأوراق الدالة على أنه الذى تولى دفع مصروفات مستشفى الولادة وأجر الطبيب .

والمراد من إثبات الزوجية فى هذه الحالة أن لا يترتب على الزواج أثره من النفقة والطاعة والتوريث ، ولكن يراد به إثبات المعاشرة الصحيحة

---

(١) الإمام بن حزم من أئمة المذهب الظاهرى ، وهو غير معمول به فى مصر .

الشـرعية والتى بسببـهـا يثبت نسب الطفل ، أمـا الزواج فى ذاته فـلا يمكن إثباته إلا بوثيقة زواج رسمية .

٢٨- إذا كان الثابت أن الزوج أقـر بمـحضر الجلسة بقيام الزوجـية بعقد عرفى ، فإن الدفع بعـد ذلك بعدم سـماع دعوى الزوجـية غير الموثقة رسـمياً لا يفيده ما دام قد أقر بقيام الزوجية سواء أكان ذلك بعقد عرفى أو رسمى، لأن إشـتراط الوثيقـة لا يكون إلا فى حالة إنكار أحد الزوجين ، وما دام الزوج قد أقر بقيامها فإن هذا الإقرار يعتبر مصادقة منه على قيامها .

٢٩- عـقـد الزواج الموثق فى أى بلـد أجنبى يقـوم دلـيـلاً على الزوجـيـة طالما كان مـسـتوفياً للـشـروط الشرعية المقررة فى الشـريعة الإسـلامية ، ولا ينقـصه إلا التصـديق عليه من الجـهات الرسـمـيـة المصـرية ، وبموجبه يمكن للزوجة رفع دعوى تطليق ونفقة .

٣٠- الزواج عند المسـيـحيين بكافة طوائفهم لا ينعـقد إلا بحـضور رجل الدين لمبـاشـرة المراسـم الدينيـة ، ويتـرتب على عـدم القـيـام بهـذه المراسم بطلان العقد ، لما هـو مقرر عندهـم من أن الزواج سـر ، ومكمنه فى الطقوس الدينية ، فإذا لم تجر هذه الطقوس فلا سر ولا زواج ، وذلك إذا كان الزوجان متحديـن طائفة وملة . فإن إختلفا فإن عـقد الزواج العرفى يقع صـحيحـاً طبقاً لأحكام الشريعـة الإسـلامية الواجبة التطبيق فى حالة الإختلاف ، إلا أنه رغم شـرعـية العـقد طبقـاً لأحكام الشـريعـة الإسلاميـة ، فإنه لا تسـمـع به الدعوى لعدم توثيقه . أمـا نسب الأولاد فيثبت به عند الإعـتراف بهم أو إقامـة الدليل على بنوتهم عند الإنكار .

٣١- يقـع باطلاً عـقد زواج المجنـونة ، سـواء باشـرته بنفـسـهـا أو بطريق الوكالة عنها ، لأن من لا يملك العقد لا يملك الوكالة فيه .

مدى إلتزام الزوجة بالطاعة:

مقدمة (١) .

١٩٢- للزوج علـى زوجتـه حـقـوق غـيـر مـاليـة ، تناولتـهـا بـالبيـان

---

(١) راجع مـقـالنا : مـدى إلتزام الزوجة بالطاعة – المحامـاة – السنة ٥١ – العدد ١– ص٧٠.

الأصول الشرعية التالية :

قال سبحانه وتعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن فى المضاجع وأضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهم سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً » .

وقد نقل عن أصولنا الشرعية الخالدة - القانون الفرنسى أحكام الطاعة التى قررتها هذه الآية الكريمة ، فنص فى المادة ٢١٣ من القانون المدنى الفرنسى على أن :

" le mari doit proteion à la femme; Obéissance à son mari "

أى أنه يجب على الزوج صيانة زوجته ، وأنه يجب على الزوجة طاعة زوجها .

كما نصت المادة ٢١٤ من ذلك القانون على أن :

"la femme est obligée d'habiter avic le mari et de le suivre partou ou il juge à propos de risider , le mari est obligé de le recevoir et lui fournir tont ce qui est necessaire pour les besions de la vie selon ses faculté et son état ."

أى أن الزوجة تلتزم بأن تقيم مع زوجها ، وأن تنتقل معه إلى أى مكان يفضل الإقامة فيه ، كما يلتزم الزوج أن يعاشرها وأن يقدم لها كل ما هو ضرورى من متطلبات الحياة فى حدود مقدرته وحالته .

فهاتان المادتان تكادان أن تكونا ترجمة لمعنى الآية الشريفة .

وقال جل شأنه : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم » .

وروى إبن ماجة والترمذى أن رسول الله ﷺ قال : « أيما إمرأة ماتت وزوجها عليها راض ، دخلت الجنة » (١) .

---

(١) الترغيب والترهيب - للحافظ المنذرى - جزء ٣ - ص٥١ .

وتعتبر الطاعة من حقوق الزوج على زوجته ، فمتى أوفاها عاجل صداقها وكان أميناً عليها ، وأعد لها المسكن الشرعى ، وجب على الزوجة أن تقيم فيه ، بحيث إذا خرجت منه كانت ناشزاً ، ولا حق لها في النفقة لإخلالها بحق الزوج عليها بما يتنافى مع الإحتباس (١) .

والطاعة بالمعنى المعروف بمحاكم الأحوال الشخصية – ومن قبلها المحاكم الشرعية – من حيث الإجراءات والتنفيذ الجبرى بواسطة رجال الشرطة – ليس لها أصل شرعى – وإنما دخلت قضاء الأحوال الشخصية من أيام حكم المماليك ، ولم يكن القصد من إتباع هذا النظام إلا إذلال المرأة .

وكان تنفيذ حكم الطاعة بواسطة رجال الشرطة يستند إلى نص المادتين ٣٤٥ ، ٣٤٦ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة الإجراءات الشرعية ، واللتين لم يتناولهما الإلغاء المقرر بقانون توحيد القضاء رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ .

فتنص المادة ٣٤٥ من اللائحة الشرعية على أن « تنفيذ الحكم بالطاعة.. يكون قهراً ولو أدى إلى إستعمال القوة ودخول المنازل . ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ » .

وتنص المادة ٣٤٦ من اللائحة الشرعية على أن :

« يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة .. » .

طلب إلغاء تنفيذ الطاعة جبراً :

١٩٣– وقد كثرت النداءات طالبة إلغاء هذا النظام فى تنفيذ الطاعة

---

(١) المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية – للقاضى أنور العمروسى – طبعة ١– ١٩٦٣ – ص٩٤ وما بعدها ، وأصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية – للقاضى أنور العمروسى – ص ٣١٦ ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين – للمستشار محمد الدجوى – ص١٢٨ وما بعدها ، ومصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤١/١٠/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – العدد ١و٢و٣ – ص٥٥ .

لمنافاته للقواعد الإنسانية ، ولعدم إتفاقه مع ما أحرزه المجتمع من تقدم ورقى .

وإستجاب مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد لهذه النداءات فنص على إلغاء تنفيذ حكم الطاعة بطريق الإكراه البدنى ، استناداً إلى أن تنفيذ الطاعة بهذا الطريق يتنافى مع ما بنى عليه الزواج من الوئام والتعاطف ، وما دلت عليه التجارب من أن الطاعة كثيراً ما تؤدى إلى عدم إستقامة الحياة الزوجية ، كما أن الهدف من ورائها - غالبًا - الإنتقام من الزوجة ، وإكتفى المشروع الموحد بالنص على سقوط نفقة الزوجة الناشز والخارجة عن طاعة زوجها ، كما أباح المشروع للقاضى سلطة إسقاط حق المتابعة (الطاعة) مدة ستة شهور أملاً فى رجوع المياه بين الزوجين إلى مجاريها .

كما أن مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى أعد عام ١٩٦٣ ، وكذا مشروع عام ١٩٦٥ ، قدساير المشروع الموحد فى الحكم إذ نص كل منهما على أنه :

« يترتب على إمتناع الزوجة عن متابعة (طاعة) زوجها إلى المسكن الشرعى بدون مسوغ ، سقوط حقها فى نفقتها سواء أكان محكوم عليها بالمتابعة (الطاعة) أم لا ، ولا يجوز للزوج متابعة زوجته أكثر من ستة شهور يلزم الزوج خلالها بالنفقة أملاً فى إستقامة الزوجة ثم تسقط نفقتها بعد إنتهاء هذه المدة (١) .

كما إستجاب وزير العدل لهذه النداءات الإنسانية ، فأصدر فى سنة ١٩٦٧ قراراً بإلغاء تنفيذ حكم الطاعة عن طريق الشرطة ، والإكتفاء بأن يؤشر القاضى أو رئيس المحكمة - الكائن بدائرتها محل التنفيذ - على الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالطاعة على حث الزوجة على الإمتثال لطاعة زوجها حتى لا تعد ناشزاً وتسقط نفقتها وقد أخطرت وزارة الداخلية بعدم قبول أحكام الطاعة لتنفيذها بواسطة رجال الشرطة .

---

(١) المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية - للقاضى أنور العمروسى - المرجع السابق - ص٢٩٥ ، وأصول المرافعات الشرعية - الطبعة ٢ - ص٣٠٧ .

وقد بعث وكيل وزارة العدل كتاباً مؤرخاً ١٢ فبراير سنة ١٩٦٧ تضمن أحكام القرار الوزارى (١) .

شروط الطاعة (المتابعة) :

١٩٤- وقد وضعت المبادىء القضائية الشرعية لقبول دعوى الطاعة الشروط التالية :

١- أن تكون الزوجة قد إستوفت عاجل صداقها .

٢- أن يكون الزوج أميناً على زوجته ومالها ، إن كان لها مال .

٣- أن يكون قد أعد لها مسكناً شرعياً .

٤- أن تكون الزوجة ممتنعة بلا مسوغ شرعى عن القرار فى المسكن الذى أعده الزوج لها .

الأصول الشرعية فى الطاعة (المتابعة) :

١٩٥- نتناول فيما يلى الأصول الشرعية فى الطاعة من خلال مبادىء القضاء الشرعى :

يصح أن يكون حكم الطاعة مشمولاً بالنفاذ المؤقت فى الأحوال المستوجبة للإستعجال ، كما إذا أصرت الزوجة على معاشرة رجل حكم قضائياً ببطلان زواجها منه ، فإن هذا منكر تجب إزالته فوراً ديانة وقضاء .

---

(١) فقد جاء به أن الشكوى قد عمت مما جرى عليه العمل من تنفيذ الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة بحملها إلى منزل الزوجية قهراً عنها ودون أن يراعى فى كيفية إجراء هذا التنفيذ صدور تعليمات بشأنه من رئيس المحكمة أو القاضى المختص على ما توجبه المادة ٣٤٥ من لائحة المحاكم الشرعية المعمول بها بمقتضى القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ - ولما كان تنفيذ أحكام الطاعة على الوجه المتقدم لا يقوم على سند من الشريعة الغراء ، كما لا تقره الشرائع السماوية الأخرى بالإضافة إلى ما ينطوى عليه من إمتهان لكرامة المراة وقيام الأسرة على أساس من التصدع والكراهية ينعكس أثره ولا شك على الأولاد - جيل المستقبل - فضلاً عما دلت عليه التجربة من عدم جدوى التنفيذ بذلك الطريق فى رد الزوجة عن نشوزها ، ويغنى عن إتباع هذا الطريق إعلان الزوجة بما يترتب على عدم تنفيذها حكم الطاعة من آثار شرعية .

إن ماء الزنا لا حرمة له ، فإدعاء الزوجة الحمل منه لا يحول دون الحكم عليها بالطاعة (١) .

حكم الطاعة ليس من الأمور المستعجلة أو التى يخشى من تأخيرها الضرر ولا ينطبق على المادة ٣١ من اللائحة ، فلا يصح شموله بالنفاذ المعجل (٢) .

ليس للزوج أن يضرب زوجته فى التأديب ضرباً فاحشاً ، فإذا فعل ذلك عزر (٣) .

متى دل محضر الحجز على خلو المسكن المحكوم بالطاعة فيه من الأدوات الكافية لتحقيق شرعيته تعين وقف تنفيذ حكم الطاعة ، ومحضر الحجز حجة فى ذلك ما لم يطعن عليه بالتزوير (٤) .

رفع دعوى الطاعة بعد إعلان الزوج بدعوى النفقة دليل على كيدية طلب الحكم بالطاعة فى بلد آخر للزوج غير الذى يقيم فيه وعلى قصده مضارة الزوجة (٥) .

حق الزوج على زوجته مقدم على إشتغالها بفرض الكفاية إذا تمسك به ولم يتنازل عنه . فالإشتغال بالتعليم فرض كفاية ينقلب أداة حرمان من حق الزوجة فى النفقة ، وإذا أذن الزوج لزوجته بالإستمرار فى التدريس كان ذلك دليلاً على أنه لا يتضرر من ذلك ، وطلبه إياها الدخول فى طاعته بعد مطالبتها له بالنفقة وتخلفه عن جلسة الطاعة دليل على أنه غير جاد فى

---

(١) نجع حمادى الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٤/٩ – المحاماة الشرعية السنة ١٧ – العدد١و٢ – ص٥١ .

(٢) مصر الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٥ المرجع السابق – السنة ٧ – العدد٧و٨ – ص٣١٨ .

(٣) منوف الشرعية – جلسة ١٩٤٤/٣/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢١ – العدد ٧و٨ – ص٣٧٧ .

(٤) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٨/١١/٢٤ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ٥و٦ – ص٣٦٩ .

(٥) الجيزة الشرعية – جلسة ١٩٥١/٥/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٩و١٠ – ص٦٦٧ .

فى دعوى الطاعة فلا يقبل منه الدفع بالنشوز كذلك وتستحق النفقة عليه شرعاً (١) .

إن شبوب نار الخصومة وإحتدامها بين المتداعيين وبقاءها مشتعلة إلى الآن دون أن تهدأ حدتها أو يخف ضرامها مما يجعل المحكمة ترتاب فى موقف الزوج وترى لذلك أنه غير أمين على زوجته المدعية ، وهو موقف يدعو المحكمة إلى أن تقف حائلاً منيعاً بينه وبينها فلا تلزمها بدخولها فى طاعته ، وإلا كانت ملقية بهذه الزوجة المسكينة فى أتون من النار المتأججة ، وكانت بذلك مستجيبة لما يريد للزوج تحقيقه من إلحاق الأذى بها ، والإنتقام منها (٢) .

فلا تجبر الزوجة على طاعة زوجها قبل أن تستوفى عاجل صداقها ، ولو دخل بها زوجها برضاها (٣) .

إن إقرار وكيل الزوجة فى وثيقة الزوجية بقبضه عاجل صداقها يعتبر إقراراً صورياً إذا قارنه من الزوج ببقائه فى ذمته (٤) .

وإذا إعترف الزوج بإعتدائه على زوجته بالضرب وتغريمه من محكمة الجنح لهذا السبب ، وتبين أن الإعتداءات متوالية بين الزوجين وكل منهما يتهم الآخر بالسرقة ، فإن الزوج لا يؤمن على زوجته ، ويكون طلبه إياها الدخول فى طاعته ليس بغرض إقامة حياة زوجية هادئة ، بل بغية الإنتقام والإستمرار فى الإعتداء . ولم يخلق القضاء لتمكين الناس من الإعتداء بعضهم على بعض بحجة الطاعة الواجبة للزوج على زوجته (٥) .

---

(١) مغاغة الشرعية – جلسة ١٩٥١/١/٣١ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ٧و٨ – ص٤٢٩ .

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٤/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – العدد ١و٢ – ص٧٨٢ .

(٣) قارن المادتين ٢١٢و٢١٣ من كتاب الأحكام لمحمد قدرى (باشا) .

(٤) الزقازيق الجزئية الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – ص٨٥ .

(٥) الأسكندرية الإبتدائية – جلسة ١٩٥٧/١١/٢٦ – القضية رقم ٥٦٢ – سنة ١٩٥٧ س أحوال – المرجع – للأستاذ صالح حنفى – ص١٩٧ .

وأنه إذا ساءت العشرة بين الزوجين بدرجة كبيرة وقد تؤدى إلى التفريق بينهم طبقًا للقانون فلا يجاب الزوج إلى طلبه الحكم على زوجته بالطاعة فى هذه الحالة ، لأن ما ينقضى التفريق يقتضى ما هو أقل منه بداهة ، وهو رفض الطاعة (١) .

وأن الطاعة واجبة على الزوجة لزوجها متى توافرت شروطها وثبت أمانته عليها وعدم قصده المضارة ، فلا يمنع من ذلك النص فى وثيقة الزواج على أنه قبل زواجها بشرط الإقامة فى منزل معين ، وأنه ليس له نقلها لأى جهة إلا برضاها ، لأن هذا على فرض حصوله من الزوج من قبيل الإلتزام بما لا يلزم (٢) .

وإذا كان الزوج متأخراً فى دفع نفقة زوجته فإن ذلك لا يمنع من دخولها فى طاعته شرعًا (٣) اذ أن لها أن تأخذ منه متجمد نفقتها بالطريق التى رسمها القانون وليس منها الإمتناع عن الدخول فى الطاعة ، بل إن إستحقاقها للنفقة شرط دخولها فى الطاعة والنشوز مسقط لها (٤) .

ويثبت الطرفان شروط الطاعة ونفيها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة (٥) .

---

(١) عابدين الشرعية – جلسة ١٩٣٦/٥/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٧ – ص٨٧٠.

(٢) إمبابة الشرعية – جلسة ١٩٤٤/٢/٦ – المحاماة الشرعية – السنة ١٦ – ص٥٢ .

(٣) الرمل الجزئية – جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٨ – القضية ٢٣٠ سنة ١٩٥٧ أحوال – المرجع – للأستاذ صالح حنفى – ص٢٠ .

(٤) وقضى بأن إدعاء الزوجة أن زوجها يضارها بالإختلاط الشاذ فى غير موضع الحرث كرهاً عنها ، هذا الإدعاء يكذبها فيه عودتها إليه بعد سابق طلاقها منه مع علمها بحاله ، على أن الإكراه لا يتصور فيما تنسبه إليه المدعى عليها ، فضلاً عن أن هذا لا يخل بشرط الأمانة ولا يسقط حقه فى الطاعة ، فلم يقل أحد بأن جزاء إختلاط الزوج بزوجته إختلاطاً شاذاً حرمانه من حق الطاعة عليها ، بل مثله يعذره القاضى بما يراه زاجراً له إن ثبت ذلك (الزقازيق الشرعية – جلسة ١٩٤٨/١١/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ١و٢ – ص٨٩) .

(٥) عابدين الشرعية – جلسة ١٩٣٦/٥/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢ – ص٧٨٩ .

إن المسكن الذى لا جيران له مسكن غير شرعى ، ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه (١) .

إن إختيار الزوج الطاعة مسكناً غير الذى كانت تعاشره فيه الزوجة غير لائق بحالها دليل على قصد المضارة بالزوجة يتعين معه رفض دعوى الطاعة (٢) .

أن المسكن الذى لا جيران له مسكناً غير شرعيًا ، وعلق على حدة ، فلابد له من البيت خلاء ، ودورة مياه ، ومطبخ ، ويشترط أن لا يكون فى الدار أحد من أحمائها يؤذيها ، وأن يكون بين جيران صالحين ومأمون عليها فيه وأن يكون بقدر حالها (٣) .

إن محضر الحجز لا يكون حجة إلا فيما دون به بوصفه العنوائى فقط، فلا يصلح حجة فى الإستدلال على شغل مسكن الطاعة بسكنى الغير (٤) فإذا دل على تجرد مسكن الطاعة من الأدوات ، كان ذلك مانعها من الحكم بالطاعة فيه (٥) .

يشترط فى مسكن الطاعة أن يكون مستقلاً ومناسباً لحال الزوج المالية وأن يكون لائقًا بحالها ويغلق عليها ليصون نفسها ومالها ومتاعها وأن يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من فراش وأثاث وأن يكون كامل

---

(١) الأقصر الشرعية - جلسة ١٩٣٤/١٢/١٣ - المحاماة الشرعية - السنة ٦-ص٨٥٧.

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٤/٧/١٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص١٨٤ .

(٣)شبراخيت الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٥/٣١ - المحاماة الشرعية - السنة ٤ - ص٤٥١ .

(٤) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠- ص٣٢١ ، ولا يصح الحكم بالطاعة فى مسكن ثبت بمحضر الحجز عدم وجود مسكن للزوج به (مصر الشرعية - جلسة ١٩٣٥/٢/٦ - المرجع السابق - ٢٥٨ - ص٨٤٥) .

(٥) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٣/٦/٦ - المرجع السابق - السنة ٥ - العدد ١و٢ - ص١٣٤ ، وبلبيس الشرعية - جلسة ١٩٣٣/٥/١٥ - المرجع السابق- ص١٦٧ .

المرفقات والأدوات اللازمة للشئون المنزلية ودورة مياه ومطبخ بحيث لا تحتاج لأحد وأن يكون خاليًا من سكنى من تتضرر الزوجة من وجودهم فيه سواء من أهله أو من الغير وأن يكون للمسكن جيران صالحين (١) .

إن مما يخل بشرط أمانة الزوج وبشرعية مسكن الطاعة أن يمارس الزوج أعمال السحر والشعوذة والإدعاء بقراءة الكف وأعمال التنجيم وكتابة الأحجبة ، ويستقبل فيه رواده ويرغم زوجته على لقائهم (٢) .

إن تعهد الزوج بأن يسكن زوجته بالبنادر من قبيل الوعد الذى لا يلزمه الوفاء به ، وله نقلها مع هذا ولو من المدينة إلى القرية (٣) .

من حق الزوج أن يمنع زوجته من العمل إذا كان حين تزوجها لم تكن تعمل ، فإن عملت دون إذن منه ، سقط حقها فى النفقة وهو ما يعبر عنه بالنشوز .

فإذا كانت الزوجة منقطعة الأهل والمورد ، ومن ثم لم يكن أمامها وسيلة لمواجهة متطلبات ونفقات إبنتها إلا العمل لتعيش هى وإبنتها من مقابله .

لا يؤثر على حق الزوجة فى الإعتراض على الإنذار مضى الثلاثين يوماً المقررة قانوناً للإعتراض عليه ، ولكن يتعين على الزوجة إثبات غيبتها عن محل إقامتها وقت إعلانها به . غير أن هذا الإجراء قد يطول بعض الوقت ، وربما كان أيسر الطلاق لإبطال أثر الإنذار أن ترسل الزوجة إلى الزوج إنذاراً تبدى فيه إستعدادها لمساكنته فى المسكن الذى بينه فى إنذاره ، تحدد له فيه موعداً فى قسم الشرطة لمصاحبته إلى مسكن الطاعة ، فإن لم

---

(١) مرسى مطروح الجزئية ، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٢ ، القضية ١٤ - سنة ١٩٦٦ أحوال نفس - وجلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤ - القضية ١٨ - سنة ١٩٦٨ أحوال نفس - وجلسة ١٩٦٩/١١/١٩ ، قضية ٢٢١ - سنة ١٩٦٨ أحوال نفس ، لم تنشر .

(٢) بلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ ، القضية ١٩١ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس ، لم ينشر ، ومصر الشرعية - جلسة ١٩٤١/١١/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ٤و٥و٦ - ص٥٨ .

(٣) أبنوب الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٣/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ٧و٨و٩و١٠ - ص٥٨ .

يحضر فى الموعد المحدد ، نهض حق الزوجة فى المطالبة بالنفقة . أما إذا إستجاب ومثل بقسم الشرطة ليصحبها إلى مسكن الطاعة ، ثم غادرته بعد ذلك بفترة معقولة كان لهذا الحق فى طلب النفقة لأنها إستأنفت الحياة معه بعد إنقطاعها . وتسرى النفقة إعتباراً من إثبات عدم حضوره لمصاحبتها إلى بيت الزوجية فى الحالة الأولى ، ومن تاريخ مغادرتها بيت الزوجية فى الحالة الثانية .

شروط مسكن الطاعة :

٤- كما وضعت المبادىء القضائية والفقهية الشرعية لمسكن الطاعة شروطاً تجمل فيما يلى :

١- أن يكون المسكن مستقلاً ، ومناسباً لحال الزوج المالية .

٢- أن يكون لائقاً بحال الزوجين ، ويغلق على الزوجة ليصون نفسها ومتاعها .

٣- أن يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكنى من فراش وأثاث .

٤- أن يكون كامل المرفقات والأدوات اللازمة للشئون المنزلية من أنية الطبخ ودورة المياه ، بحيث لا تحتاج لأحد .

٥- أن يكون خاليًا من سكنى من تتضرر الزوجة من وجودهم فيه سواء من أهله أو من الغير .

٦- أن يكون له جيران صالحين مسلمين .

ولقد ذهب البعض (١) إلى أن للزوج أن يسكن ولده الصغير غير المميز مع زوجته ولو كان من غيرها ، لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده .

وإذا إرتضت الزوجة إقامة أحد من أهل زوجها معها فى مسكن الزوجية كان ذلك الرضا مسقطاً لحقها فى الإدعاء بإنتفاء شرعية المسكن لإنتقاص إستمتاعها بالمعاشرة الزوجية .

ومن المقرر شرعاً أن أركان الطاعة التى لا تقوم بدونها هى :

---

(١) شرح الأحكام الشرعية – للشيخ محمد زيد الإبيانى ، ص٢٥٧ وما بعدها .

أولاً – المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشة الزوجة والخالى من سكنى الغير والذى تأمن فيه على نفسها ومالها والذى يكون بين جيران مسلمين .

انه وإن كان للزوج على زوجته حق الطاعة إلا انه يجب عليه أن يهىء لها مسكناً لائقاً بحاله لقوله تعالى : « إسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » ، وإذ كان هذا النص القرآنى قد ورد فى صدد المطلقات فهو فى شأن الزوجات اوجب ، ولقوله تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » بحيث تعتبر الزوجة ناشزاً بإمتناعها عن طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لها إذا كان هذا المسكن مناسباً لحال الزوج المالية والإجتماعية ، وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها وخالياً من سكنى الغير وأن يشتمل على جميع المرافق المنزلية والأدوات الشرعية وفقاً لحال أمثال الزوج حسبما يجرى به العرف (١) .

ثانياً – امانة الزوج على النفس والمال .

ثالثاً – إيفاء مقدم الصداق ، فإذا إنتفى ركن من هذه الأركان سقط عن الزوجة واجب الطاعة ، وبالتالى إمتنع الحكم عليها بدخولها فى طاعة زوجها أما اذا توافرت هذه الأركان فإنه يتعين على الزوجة أن تطيع زوجها فى ذلك المسكن وأن تقر فيه ، وهذا هو الأصل الذى تفرع عنه وجوب إنتقال الزوجة مع زوجها إلى المكان الذى يحل فيه طالما كان مستوفياً الشرائط الشرعية السالف بيانها وإقتضى هذا النقل ضرورة شرعية ، ومن ثم إذا نقل الزوج إقامته إلى مسكن آخر فى ذات البلد أو فى بلد آخر سقط عن الزوجة واجب الطاعة فى ذلك المسكن الأول (٢) .

وإذا أقر الزوج بأن لا حق فى نقل زوجته من جهة معينة إلى جهة معينة أخرى صح هذا الإقرار ويؤخذ به شرعاً ، فلا تسمع منه دعوى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٩٧/٤/٧ – الطعن ٢٢ لسنة ٦٣ ق .

(٢) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٧/٤/٢٣ – القضية ٢٧٣٥ سنة ١٩٥٧ أحوال شخصية – المرجع ، لصالح حنفى ، ص١٩٩ .

الطاعة فى الجهة الأخرى (١) .

ولم يشترط الفقهاء أمانة الزوج على زوجته إلا فى السفر ، لأنه فى حالة السفر لا يتسنى معها إثبات وجودها بين قوم صالحين ، فهناك فرق بين إشتراط الأمانة فى السفر وعدم إشتراطها فى غيره إذا كان المسكن مستوفياً الشرائط الشرعية وكان بين جيران صالحين .

ولم يترك المشرع أمر الزوجة لزوجها وهو الذى بيده عقد النكاح ، بل وقف إلى جانبها حيث نص فى المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن من حق الزوجة إذا رأت من زوجها ما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها أن تلجأ إلى القاضى طالبة التفريق للضرر ، إذ ليس من حقها أن تطلب حرمان الزوج من أهم حقوق الزوج عليها وهو حق الطاعة (٢) .

قد يبيح الشرع الحنيف للمرأة أن تعمل فى حدود آداب الدين وتعاليمه، ولكن هذا الحق يرد عليه قيد هو أنه إذا تزوجت المرأة كان من حق الزوج إمساك زوجته . فإذا رخص الزوج لزوجته فى العمل خارج المنزل وإستمر راضياً عن هذه الرخصة كان بها ، كما أن له حين يستمسك بحقه فى قرار زوجته فى بيته أن يجبرها على ذلك وليس للزوجة أن تعصيه وإلا كانت ناشزاً ولا يحق للمرأة أن تحتج عليه بأنه سبق أن رضى بأن تعمل ، فحقه هذا فرع من حقه فى أن تطيعه وحقه فى الطاعة لا يقبل إسقاطها (٣) .

وإذا أعد الزوج لزوجته المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشتها الخالى من أهله - إلا الصغير غير المميز - الذى تأمن فيه على نفسها ومالها وكان هو أميناً عليها ، وأداها معجل صداقها وجب عليها أن تقيم معه

---

(١) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٤/١٢ المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ١و٢ ص٤٦٤ .

(٢) الجمرك الجزئية - جلسة ١٩٥٨/٦/٣ - القضية ١٠٨ - سنة ١٩٥٧ أحوال شخصية ، المرجع السابق ، ص٢٠٢ .

(٣) القاهرة الإبتدائية - جلسة ١٩٥٦/٤/١٦ - القضية ٧٥١ - سنة ١٩٥٦ ، قضاء الأحوال الشخصية - نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفى - طبعة ١٩٦٨ - ص١٧١و١٧٢ .

فى هذا المسكن ، وإذا خرجت عدّت ناشزاً .

كما يجب عليها أن تمتثل لأمره إلا فيما نهى الله وأن تقر فى المسكن الذى أعده لها ولا تخرج منه بغير إذنه إلا لضرورة لزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة ومحارمها فى كل سنة مرة ، ولا تبيت عند أحد منهم إلا بإذن من زوجها ، كما لا تزور أى أحد أخر إلا بإذنه ولا تسمح بدخول أحد بيته إلا بإذنه .

وإذا خالفت الزوجة زوجها فيما تجب عليه الطاعة فيه فلزوجها أن يؤدبها بادئاً بالموعظة الحسنة ثم الهجر فى المضجع أى لا يبيت معها فى فراش واحد ثم الضرب غير المبرح ، وليس له أن يضربها ضرباً أليماً مبرحاً لأى سبب فإن فعل فهو إضراراً بها وولاية التأديب أصلها قوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن فى المضاجع وأضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبلغوا عليهن سبيلاً (١) .

يراعى فى شرعية مسكن الطاعة وإستيفاؤه للأدوات المناسبة لحالهما، وتعتبر النفقة المفروضة قرينة فى تقدير هذه الأدوات . فمتى ثبت زوال شرعية المسكن فلا تلزم الزوجة بالطاعة فيه ، وليس للزوج حق التعرض لها بحكم الطاعة ، محضر الحجز كاف فى إثبات زوال الشرعية متى بين المحضر الأدوات على سبيل الحصر ، ولا يطعن عليه إلا بالتزوير(٢) .

مسكن الطاعة من نفقة الزوجة على زوجها ، فينبع حاله يساراً وإعساراً طبقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . فمتى كان الزوج من طبقة الفقراء وأعد لزوجته مسكناً مناسباً لحاله وجب عليها طاعته فيه ولا تمكن من طلب غيره ما دام حائزاً لشرائطه الشرعية ، ولا يطعن فى شرعية المسكن سكنى أحماء الزوجة بجواره ما داموا لا يسكنون معها فى

---

(١) الإسكندرية الإبتدائية ، جلسة ١٩٦٤/١١/٣ ، القضية ٧٠٣ – سنة ١٩٦٤ س أحوال ، قضاء الأحوال الشخصية ، للمستشار صالح حنفى ص١٧٢ .

(٢) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٤/١/٢٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد٤و٥ – ص٢٥٠ .

فى ذات المسكن تحكيماً لعادة الفقراء وعرفهم (١) .

إعتراف المستأنف عليه بنقل أدوات المنزل خوفاً عليها من الضياع من شأنه الا تلتزم المستأنفة معه بالطاعة فيه لعدم إستيفاء المسكن لأدواته الشرعية (٢) .

إثبات شرعية المسكن ، ونفيها :

٥- تنفى شرعية المسكن إذا كان جيرانه غير صالحين أو كانوا غير مسلمين .

وكذلك تنفى شرعيته إذا إستحقت مفردات المسكن أو منقولاته أو مفروشاته للغير .

وتثبت شرعية المسكن وتنتفى إما بشهادة الشهود ، وإما بمحضر رسمى ، وإما بالتحرى عن طريق الإدارة ، وإما باليمين الحاسمة .

وتقدر أدوات مسكن الطاعة بحسب حال الزوج يساراً أو إعساراً ، كالطعام والكسوة ، لأن السكن من النفقة ، ومسكن الغنى ليس كمسكن الفقير أو متوسط الحال .

ولا يكون محضر الحجز فى خلو المسكن من الأدوات إذا لم ينص فيه أن المحجوز عليه من أدوات هو كل أدوات المسكن لجواز أن تكون بالمسكن أدوات مناسبة لم يشغلها الحجز ويكون بها المسكن شرعياً (٣) .

وخلو المسكن بتقرير المحضر الذى قام للحجز عليها وإعتراف الزوج بأنه هربها منه خشية الحجز عليها يقتضى وقف تنفيذ حكم الطاعة حتى تعود للمسكن شرعيته (٤) .

---

(١) سوهاج الشرعية – جلسة ١٩٥٤/١١/٧ – المرجع السابق – السنة ٢٥– العدد ٤ ، ٥– ص ٣٠٨ .

(٢) الزقازيق الشرعية – جلسة ١٩٣٤/٥/٢ – المرجع السابق – السنة ٦ – العدد ١و٢–ص١٢٦ .

(٣) شبراخيت الشرعية – جلسة ١٩٣٣/١/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٦ – ص١٥٤ .

(٤) كوم حمادة الشرعية – جلسة ١٩٣٤/٦/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٦ – ص٧٤٨ .

مناط قبض عاجل الصداق كشرط لقبول دعوى الطاعة :

١٩٥ مكرر – دعوى طاعة ...

طلب المدعى الحكم على المدعى عليها بالدخول فى طاعته فى المسكن المبين بصحيفة الدعوى وإلزامها بالمصاريف وأتعاب المحاماة ... وقدم فى غيبتها وثيقة زواجهما وفيها أن معجل الصداق ٤٠ جنيهًا باق بذمة الزوج تحت طلبها ولن يدخل بها إلا بعد قبضها مقدم صداقها .. وطلب المدعى إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات إستيفاء المدعية عاجل الصداق وباقى عناصر الدعوى .

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٢١ حكمت المحكمة غيابيًا برفض الدعوى وألزمت المدعى مصاريفها (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان العرف المطرد إلا تزف الزوجة لزوجها إلا بعد قبض معجل صداقها وأنه بعد تسليم المرأة نفسها لزوجها لا يقبل منها الإدعاء بعدم قبض حال الصداق إلا إذا كان تعجيل الصداق أو بعضه غير متعارف عند أهل البلد – لما كان ذلك ، وكان الزوج المدعى قد ذهب فى دعواه وفى المرافعة إلى أنه دخل بزوجته المدعى عليها بعد سداد معجل الصداق ، وكان الثابت بوثيقة زواجها أن الدخول بالزوجة مشروط بقبضها ذلك المعجل المحدد ، فإن الحكم إذا أطرح دفاعه يكون قد شابه قصور مبطل.

دعوى طاعة ...

وبالجلسة قدمت المدعى عليها محضراً يفيد توقيعها حجزاً على مسكن الطاعة وفاء لمتجمد النفقة المستحق لها .

وبجلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصروفات .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه إذا رتب على توقيع الحجز فى مسكن

---

(١) الدلنجات– جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ – القضية ٤٩ سنة ١٩٤٧ أحوال نفس .

الطاعة إنتفاء وجود هذا المسكن والحال أن توقيع الحجز فيه لا يترتب عليه حتمًا وبطريق اللزوم العقلى إنتفاء وجوده وإستيفائه للشروط الشرعية ، فإنه يكون قاصر البيان .

دعوى طاعة ...

حكمت المحكمة غيابياً بإحالتها إلى التحقيق ... وبعد أن سمعت شهود المدعى ، قررت حجزها للحكم ..

وبجلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ حكمت المحكمة غيابياً بدخول المدعى عليها فى طاعة المدعى ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة ٩٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تنص على أنه بمجرد إنتهاء التحقيق يعين القاضى المنتدب للتحقيق جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب - ولما كان قضاء المحكمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق قد نفذ بسماع شاهدى المدعى فى غيبة المدعى عليها وقررت المحكمة حجز القضية للحكم دون تحديد جلسة لنظر الدعوى ودون إخبارها بإحالة الدعوى إلى المرافعة ، فإن قضاء المحكمة فى الدعوى يكون مشوباً بمخالفة القانون مما يعرضه البطلان .

دعوى طاعة ...

أحيلت على التحقيق ... فاستمعت المحكمة إلى شهود الطرفين إثباتاً ونفياً .

وبجلسة ١٩٧٣/١/٢ حكمت المحكمة حضورياً بالرفض وإكتفت - فى إستعراضها لشهادة الشاهد الثانى من شهود الإثبات والنفى بالقول بأنه شهد بمضمون ما شهد به الشاهد الأول (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم قصور أسبابه عن بيان مؤدى شهادة الشاهد

---

(١) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ - القضية ١٢٩ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

(٢) الواسطى - جلسة ١٩٧٣/٤/٢ - القضية ٣٨٢ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئى ، والقضية ٣٥٠٢ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى الواسطى ، وميت غمر - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٢ - القضية ٨٢٣ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

الثانى شهد بمضمون شهادة الشاهد السابق دون أن يوضح فى مدوناته أقوال هذا الشاهد ، فإن الحكم إذا قضى فى الدعوى على هذا الأساس يكون قاصر البيان فى هذا الصدد .

نصاب الشهادة فى دعاوى الزوجية ومنها الطاعة :

وفى دعوى الطاعة ...

وبجلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ قضت المحكمة غيابيًا بإحالة الدعوى إلى التحقيق ...

أشهد المدعى شاهداً واحداً ... ولم تحضر المدعى عليها ولم تشهد أحداً...

وبجلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ حكمت المحكمة غيابياً بدخول المدعى عليها فى طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لطاعته فيه ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم قضاؤه فى الدعوى على سند من أقوال رجل واحد هو شاهد المدعى ، حالة أنه لما كانت الدعوى من دعاوى الزوجية التى تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وكان نصاب الشهادة فى أمور النكاح وفقاً لأرجح الأقوال فى هذا المذهب رجلان أو رجل وامرأتان ، فإن الحكم إذا خالف هذه القاعدة الشرعية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (نقض – جلسة ١٩٦٣/١/٢ مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – مدنى وأحوال – العدد ١ – ص٢٢) .

المحكمة المختصة بنظر دعوى الطاعة بين زوج ليبى (أجنبى) وزوجة مصرية :

١٩٦– معارضة فى حكم طاعة إستندت فيها المعارضة إلى بطلان الحكم الغيابى المعارض فيه لعدم تدخل النيابة العامة فى الدعوى وقدمت

---

(١) مرسى مطروح – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ – القضية رقم ١١ سنة ١٩٦٦ أحوال نفس .

النيابة فى المعارضة – مذكرة برأيها .

قررت المحكمة أن المادة ٨٧١ من قانون المرافعات أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل فى كل قضية متعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب وإلا كان الحكم باطلاً ، وإن كان خلو الحكم من بيان رأى النيابة لا يترتب عليه بطلانه ، ولما كان الحكم المعارض فيه صادراً فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس للمسلمين غير المصريين ، وقضى بدخول المعارضة فى طاعة زوجها المعارض ضده ولم تتدخل النيابة العامة فى الدعوى ، فإنه يكون باطلاً .

كما قررت بالنسبة لإختصاصها نوعيًا بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فإنه ينحصر فى نظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار ونفقة الصغير ونفقة أحد الزوجين على الآخر وأجرة الحضانة والرضاعة عملاً بالمادة ٩١٩ من قانون المرافعات ، وتختص المحكمة الإبتدائية بطلب الطاعة عملاً بالمادة ٨٩٥ من قانون المرافعات .

ثم إنتهت المحكمة إلى القضاء بقبول المعارضة شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم الغيابى المعترض فيه بعدم إختصاص المحكمة نوعيًا بنظر الدعوى وبإحالتها إلى المحكمة الإبتدائية لنظرها بجلسة حددتها (١) .

أصول شرعية فى الطاعة :

١– المقرر شرعًا أن إستيفاء الزوجة لمقدم المهر شرط لابد من تحققه قبل الحكم عليها فى طاعة زوجها ، ولا يعد ما جاء بوثيقة الزواج وفاء بالمهر إذا كان ثابتاً بكمبيالة على الزوج لم يسدد قيمتها لزوجته .

٢– المقرر شرعًا لسماع دعوى الطاعة أن يثبت أن الزوج أمين على زوجته وعلى مالها إن كان لها مال – فإذا كان الزوج قد قام بتبديد مفروشات ومنقولات الزوجة المدعى عليها ، وإعترف فى محضر تحقيق جنحة التبديد بواقعة بيعه لمنقولات الزوجة ومفروشاتها ، فإن ذلك ينهض دليلاً على عدم أمانته .

---

(١) اللبان الجزئية بالأسكندرية – القضية رقم ٢٠ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس المسلمين غير المصريين .

٣- من الأصول الشرعية طاعة الزوجة لزوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح متى توافرت شروطها وكان الزوج أميناً على نفسها ومالها ، فإذا تعهد الزوج بإقرار منه أن لا ينقلها خارج (القاهرة) كان ذلك من قبيل الشروط الفاسدة التى لا يحاج بها وإلتزام بما لا يلزم .

٤- يشترط فى مسكن الطاعة أن يكون مناسبًا لحال الزوج المالية، إستناداً إلى أن السكنى نوع من أنواع النفقة الواجبة على الزوج .

فإذا كان الثابت أن مسكن الطاعة لا يتفق ودرجة يسار الزوج ، كانت دعوى الطاعة مستوجبة الرفض لكيديتها ، ولإتخاذها وسيلة لإذلال الزوجة ومضارتها .

٥- لا يخل بشرعية مسكن الطاعة مشاركة صغار الزوج من زوجته المتوفاة لزوجته المدعى عليها فى المسكن .

٦- المسكن المخصص لسكنى الزوج فى الشركة التى يعمل بها والتى تزاول نشاطها فى الصحراء والواقع ضمن مجموعة من مساكن الموظفين المقيمين فيها ، هو مسكن طاعة شرعى تأمن الزوجة على نفسها ومالها فيه .

٧- العوامة تصلح مسكن طاعة شرعى متى كانت مستوفية لمقومات المسكن الشرعى وخالية من سكن الغير ومستوفية للأدوات والمرافق ، ولها جاران على الأقل .

٨- إذا إمتثلت الزوجة لتنفيذ حكم الطاعة النهائى ، ثم زالت شرعية المسكن لأى سبب ، أو تخلف عن الزوج شرط الأمانة ، فإنه يحق للزوجة أن تترك مسكن الطاعة ، وأن ترفع دعوى بعدم التعرض لها بحكم الطاعة .

٩- لا يمنع من القضاء بدخول الزوجة فى طاعة زوجها أن يكون الزوج مدين لزوجته بدين نفقة محكوم بها عليه ، إذ لها أن تتبع الطرق القانونية لتنفيذ حكم النفقة ، وليس من بين تلك الطرق الإمتناع عن الدخول فى طاعته .

١٠- إن مما يمتنع معه القضاء بنشوز الزوجة زوال شرعية مسكن الطاعة بسكن الغير له .

أثر نشوز الزوجة

ما هو النشوز ؟

١٩٦ مكرر – ٦– النشوز – لغة – هو الإرتفاع ، ويراد به – مجازاً – الترفع ، أى ترفع الزوجة عن طاعة زوجها . وفى ذلك يقول إبن جرير الطبرى : « نشوزهن يعنى إستعلاءهن على أزواجهن وإرتفاعهن عن فراشهن بالمعصية منهن والخلاف عليهم فيما لزمن طاعتهن فيه بغضاً منهن وإعراضاً عنهن » (١) . وقد توسع الفقهاء فى مدلول النشوز فجعلوه شاملاً كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر (٢) .

فإذا لم تمتثل الزوجة لطاعة زوجها ، وخرجت عن القرار فى مسكنه ، أو إمتنعت عن الإنتقال معه إليه على الرغم من توافر شروط الطاعة ، وشروط المسكن الشرعى ، كانت ناشزاً ، ولا تستحق النفقة على زوجها .

والنشوز قضية لا تقر عليها الناشز ، ولا تستحق نفقة ، وتمنع من المقرر لها من اليوم التالى لحكم الطاعة حتى تعود (٣) ، وذلك أن النشوز شرعاً هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه (٤) ، وإذا ثبت النشوز على المحكوم عليها بالطاعة تعين الحكم عليها بإسقاط ما فرض لها من نفقة (٥) .

---

(١) جامع البيان فى تفسير القرآن – لابن جرير الطبرى – جزء ٥ – ص ٣٨ .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع – للكاسانى – جزء ٢ – ص٣٤٤ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق – لإبن نجيم – جزء ٥ – ص٥٣ .

(٣) كرموز الشرعية – جلسة ١٩٣٤/٥/١٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٧ – ص٤٨١ ، وقد قضى بأن النشوز شرعًا هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه (العياط الشرعية ، جلسة ١٩١٩/١٢/١٦ ، المرجع السابق ، السنة ١ ، ص٦٢٨ ، وأيضًا : منوف الشرعية – جلسة ١٩٤٤/٣/٢٨ – المرجع السابق – السنة٢١ – العدد ٧و٨ – ص٣٧٧ .

(٤) العياط الشرعية – جلسة ١٩٢٩/١٢/١٦ المحاماة الشرعية – السنة ١ – العدد ٩و١٠ – ص٦٢٨.

(٥) الفشن الشرعية – جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢– ص٧٣ .

غير أن الفقه والقضاء يشترطان – للحكم بإعتبار الزوجة ناشزاً ويسقوط حقها فى النفقة – شروط ثلاثة ، ونضيف لها شرطاً رابعاً :

١- أن يكون بيد الزوج حكم طاعة نهائى .

٢- أن يكون الزوج قد حاول تنفيذ حكم الطاعة – بغير إكراه بدنى – وأخفق .

٣- أن تكون الزوجة هاربة من الإمتثال لتنفيذ حكم الطاعة بغير مسوغ تعتبر الزوجة ناشزاً لمجرد الحكم بالطاعة ، بل لابد من طلبها إلى المنزل – بعد الحكم – بالطرق الودية (١) .

٤- أن يتضمن حكم الطاعة النهائى التأشير – من القاضى أو من رئيس المحكمة المختصة – يحث الزوجة على الإمتثال لطاعة زوجها حتى لا يترتب على إمتناعها سقوط نفقتها كقرار وزير العدل الصادر عام ١٩٦٧ .

وإذا كان المسكن غير مهيأ للسكنى لا تعتبر الزوجة ناشزاً بالإمتناع عن طاعة زوجها فيه (٢) .

ولا تعتبر الزوجة ناشزاً ولا تمنع من المطالبة بالمفروض بخروجها من مسكن الطاعة الذى ثبت عدم كفاية أدواته الشرعية بدلالة محضر الحجز الحاصل على ما فى المسكن (٣) .

إن ضرب الزوج زوجته ضرباً غير مباح شرعاً يكون به غير أمين عليها فلا تلزمها طاعته ولا تكون ناشزاً يمتنع إستحقاقها للنفقة (٤) .

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٦/٥/١١ – المحاماة الشرعية – السنة ٩ – ص٣٣٩ .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٦/٦/٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٩ – ص٤٣١ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣١/٩/٢١ – المحاماة الشرعية – السنة ٣– ص٣٥٠ .

(٤) منيا القمح الشرعية – جلسة ١٩٣٩/١/١٤ المرجع – للأستاذ صالح حنفى – ص٧٢ .

وإذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها ولم تنفذ حكم الطاعة ، ودلت التحريات على أنها لا تقيم بمنزل الطاعة إلا بقصد التحايل على التخلص من قضية النشوز المرفوعة من زوجها بمقتضى حكم الطاعة الذى لم تنفذه، فدخولها بقصد التحايل لا يؤثر فى نشوزها وتعتبر ناشزاً (١) .

دفع الدعوى بالنشوز بعد الإقتصار على دفعها بالإنفاق ستة أشهر إحتدام الخصومة دليل الإحتيال (٢) .

أصحاب الرأى القائلين بأن الإحتراف مانع من وجوب النفقة لم يذكروا الاحتراف على أنه مانع من النفقة لذاته ، بل أوردوه على أنه مظهر من مظاهر النشوز ، فما لم يتشكل الإحتراف بهذا الشكل ، فإنه لا يمنع من وجوب النفقة (٣) .

إذا صدر حكم بمنع الزوجة من نفقتها للنشوز غير مستند إلى تاريخ معين ، وجب أن يسند إلى تاريخ صدوره ، لأنه هو أقرب أحتمالاته ولا يشمل النفقة المتجمدة السابقة على تاريخ صدوره ، فلا يقبل إستشكال الزوج به فى تنفيذ حكم نفقتها عن المدة السابقة على تاريخ حكم المنع والنزاع فى كون هذا الحكم ينفذ أو لا ينفذ هو نزاع فى الإجراءات لا محالة (٤).

---

(١) منيا القمح الشرعية – جلسة ١٩٣٩/١/١٤ المرجع – للأستاذ صالح حنفى – ص٧٢.

وقد قضى بأن صدور حكم الطاعة ليس شرطاً لثبوت النشوز فضلاً عن صيرورته نهائياً وتنفيذه ، وليس حكم الطاعة فى دعوى النشوز إلا دليلاً على تحقق عناصر النشوز من وقت النشوز من وقت صدوره فإذا كان الشرع أعطاها حقاً فى أن تطعن على هذا الحكم لإحتمال أن يكون به خطأ فهو إجراء قانونى فقط لا علاقة له بالحكم الشرعى (مصر الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤١/١٠/٣٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١٣ – العدد ١و٢و٣ ص ٥٥ .

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٧/١/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢١ – العدد ٧و٨ – ص٣٩٧ .

(٣)أجا الشرعية – جلسة ١٩٣٤/٥/٢٤ – المرجع السابق – السنة ٢ – العدد ١ و ٢– ص٧٨ .

(٤) الزقازيق الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٥/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ٤ ، ٥ – ص٢٦٦ .

الحكم بنشوز الزوجة لا يمنعها من أن تطلب إلى المحكمة التطليق بالمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد يكون النشوز ناشئًا عن حالة لا تدفعه ولا تستطيع معها دوام المعاشرة (١) .

المنصوص عليه شرعًا أن المرأة تعتبر ناشزًا متى كان المسكن شرعيًا وهى خارجة عنه ، ويجب لإثبات النشوز إثبات شرعية المسكن أولاً ، وخروجها منه أو إمتناعها عن الدخول فيه ثانيًا (٢) .

الناشز لا نفقة لها ما دامت كذلك كما يعلم من النصوص الشرعية الصريحة فى سائر كتب المذهب ، ففى (تنقيح الحامدية – جزء ١ – ص٧١) : « سئل فى رجل سكن مع زوجته فى دار أهلها ثم أوفاها معجلها ودعاها لمسكن شرعى له خال من أهله وأهلها فأبت ، فهل تكون ناشزًا لا نفقة لها ما دامت كذلك ؟ أجاب : نعم ، ولا تكون ناشزة بمنع الزوج من الوطء ولا تسقط به نفقتها وكسوتها » ، كذا أفتى قارىء (الهداية) ، ومثله فى (متن التنوير وشرحه) ، و(حاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٦٦٤)(٣) .

١٩٦ مكرر – من المبادىء القضائية الشرعية المتقدمة ، يتضح أن المحاكم الشرعية – فى النشوز – قد إختلفت وجهات نظرها – تبعًا لإختلاف الفقهاء الشرعيين – إلى الآراء التالية :

رأى– على أنه لا ضرورة للحكم أصلاً على الزوجة بالطاعة ، لأن النشوز حالة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية ، وأن الحكم بالطاعة مقرر لهذه الحالة وليس منشئًا لها ، فهو مجرد دليل على قيام حالة النشوز المسقط لنفقة الزوجة ، وليس شرط لزوم فيها .

---

(١) جرجا الشرعية – جلسة ١٩٤٢/٨/٩ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – العدد ٣و٤ – ص١٣٩ .

(٢) دمياط الشرعية – جلسة ١٩٣٠/١/٦ – المرجع السابق – السنة ١ – العدد ١و٢– ص٥٢٦ .

(٣) شبراخيت الشرعية – جلسة ١٩٣٢/١/٣ – المرجع السابق – السنة ٥ – العدد ١و٢ – ص٩٨١ .

ورأى – يذهب إلى أنه يكفى أن يصدر حكم إبتدائى من المحكمة الشرعية الجزئية بدخول الزوجة فى طاعة زوجها ، ومع ذلك تمتنع عن تنفيذه لغيره مسوغ شرعى .

أما الطعن فى حكم الطاعة بالإستئناف بنية تصحيح خطأ فيه ، فهو مجرد إجراء قانونى لا يغير من ثبوت نشوز الزوجة .

ورأى – يستلزم أن يصدر حكم نهائى بالطاعة ، ولا تمتثل الزوجة لتنفيذه حتى يتسنى للزوج رفع الدعوى بنشوزها وإسقاط نفقتها وأمرها بالكف عن التعرض له بتلك النفقة .

والذى نراه أنه يتعين لإعتبار الزوجة ناشزاً – بعد إلغاء تنفيذ أحكام الطاعة عن طريق رجال الإدارة (الشرطة) بقرار وزير العدل – سالف الذكر– ضرورة أن يكون حكم الطاعة نهائيًا ، سواء بفوات مواعيد الطعن فيه بالاستئناف ، أو بتأييده إستئنافًا ، ذلك أن المقرر شرعًا وقانوناً أن الاستئناف يعيد طرح النزاع من جديد بما أبدى فى الدعوى من دفوع وأوجه دفاع ، وعنها أمانة الزوج على زوجته ومالها ، وإستيفاء مسكن الطاعة لشرعيته ، من حيث خلوه من سكنى الغير ، وإحتوائه على المتطلبات الشرعية ، وإستمرار هذه الشرعية إلى حين قبول الزوجة لتنفيذ حكم الطاعة والدخول فى مسكن الطاعة المعد لذلك بالفعل ، بحيث إذا لم يتم ترغم إعلانها بالحكم النهائى الواجب التنفيذ طبقًا للأصول الشرعية فى تنفيذ الأحكام الشرعية ويعد التنبيه عليها فى صلب الحكم .

والصورة المعلنة لها بأنها لم تمتثل وتدخل فى طاعة زوجها المحكوم له، عدت ناشزاً وسقطت نفقتها ، ومن تاريخ هذا التنبيه يبدأ ميعاد سقوط النفقة فى هذه الحالة وحدها تعتبر ناشزاً (١) هذا ، ويلاحظ أن قرار وزير العدل المشار إليه لم يحدد وقتًا لتنفيذ حكم الطاعة بحيث تعتبر الزوجة ناشزاً بفواته ، ولذلك نرى أن يحدد الزوج فى أصل الحكم والصورة المعلنة الموعد الملائم الذى يراعى فيه ميعاد المسافة .

---

(١) دمياط الإبتدائية – الدائرة الأولى للأحوال الشخصية ، جلسة ١٩٧٤/١/٢٦ – القضية رقم ٢٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس . مستأنف .

وهناك منازعات متعلقة بالزوجية – فوق ما تقدم – مثل النفقة ، والعدة ، وقد سبق الكلام عن النفقة ، أما الكلام عن العدة فيحسن أن نذكره مع الطلاق .

حادى عشر – الطلاق ، والخلع ، والمبارأة :

١٩٧– نصت المادة ٨ من قانون التوحيد رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على إنتزاع دعاوى الطلاق والخلع والمبارأة من إختصاص المحكمة الجزئية وجعلها من إختصاص المحكمة الإبتدائية لتحكم فيها إبتدائيًا ، لما قدره المشرع من بعد أثرها فى حياة الأسرة والأولاد ، بما يكون معه عقد إختصاص المحكمة الإبتدائية بها وضعاً مناسباً لأهميتها .

وسوف نعود إلى بحث تلك الدعاوى فى مكانها الطبيعى عند تناول إختصاص المحكمة الإبتدائية .

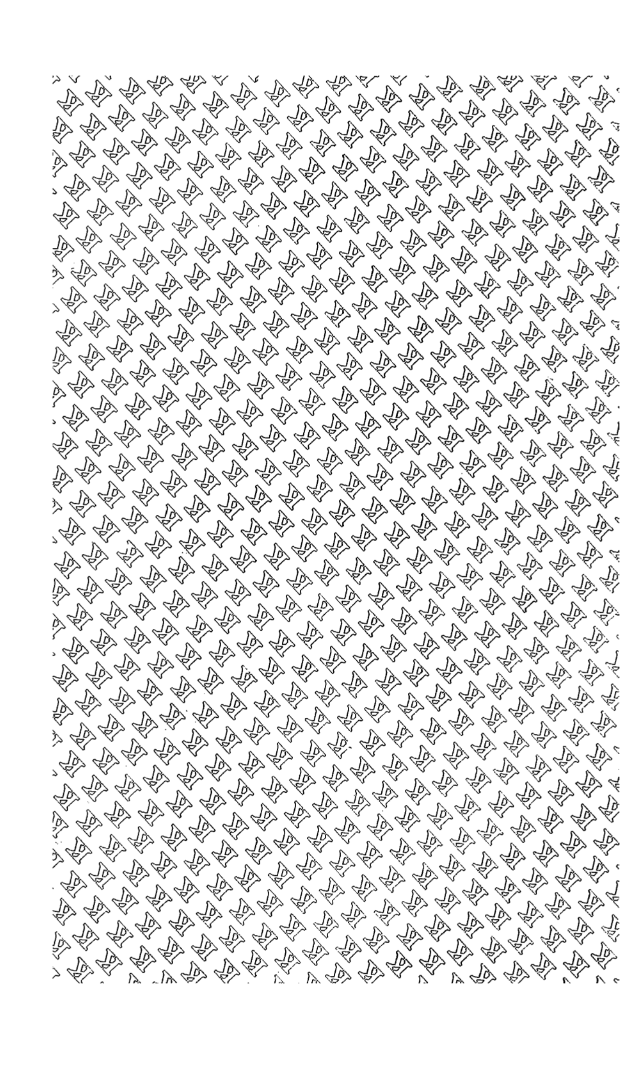
ثانى عشر – الفرقة بين الزوجين:

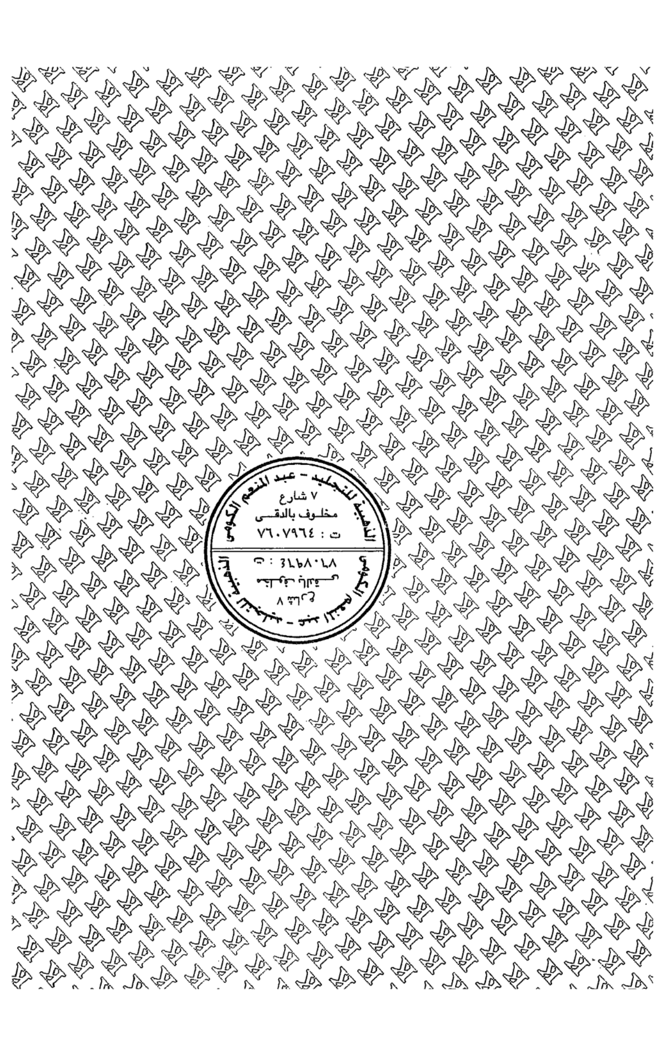
١٩٨– وعقدت المادة ٨ من قانون التوحيد أيضاً الإختصاص بالمنازعات المتعلقة بالفرقة بين الزوجين تجميع أسبابها الشرعية .

وسوف نعود إلى بحثها فى مكانها الطبيعى عند تناول إختصاص المحكمة الإبتدائية .

ثالث عشر – التوكيل فيما ذكر حق أحد الخصمين :

١٩٩– ما قلناه فى هذا الشأن فى المطلب السابق فى الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية الشرعية ، يمكن أن يقال فى هذا المكان أيضاً .




الذهبية للتجليد - عبد المنعم الكومي
٧ شارع
مخلوف بالدقي
ت : ٧٦٠٧٩٦٤


Bibliotheca Alexandrina
04000560